



**Defensoría**  
Sin defensa no hay Justicia

Boletín de Jurisprudencia  
Corte de Apelaciones de  
Valdivia 2018

**UNIDAD DE ESTUDIOS  
DEFENSORÍA REGIONAL  
LOS RIOS. Colaboración de  
CEDOC DPP**

## Contenido

.....	1
<b>Contenido .....</b>	<b>2</b>
<b>1.-Rechaza Recurso de Nulidad presentado por la Defensoría, estima que son delitos de la misma especie, los delitos de Hurto y Robo con Intimidación, al vulnerar ambos delitos un mismo bien jurídico protegido, consecuentemente es aplicable la agravante del art.12 N°16 del CP.(CA Valdivia 04.07.2018 rol 34-2018) .....</b>	<b>25</b>
SINTESIS: El fundamento del recurso se remite a lo razonado por el Tribunal en relación a la concurrencia de la agravante del art. 12 N° 16. Primero se acredita el delito de Robo con Intimidación y concurre una condena anterior del sentenciado por el delito de Hurto cometido el año anterior. El Tribunal ha estimado que por una parte la expresión “delito” es amplia, y en relación con la reincidencia, en el caso del Hurto y del Robo se trata de delitos de la misma especie, por tratarse de hechos que afectan en ambos casos la propiedad. Respecto al concepto “especie” se remite al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en donde se concibe como: “Conjunto de cosas semejantes entre si por tener uno o varios caracteres comunes”. Argumenta que a pesar que en el delito de robo con intimidación hay otros bienes jurídicos protegidos que se lesionaron por la conducta del autor, aparte del de propiedad, que es común al Hurto, sin embargo estamos frente al menos a un carácter común. Además cita al jurista Alfredo Etcheverry, quién al efecto estima que: “se entienden por delitos de la misma especie los que están sancionados en el mismo título del Código Penal”. El Título IX del Código Penal, establece los delitos cometidos en contra de la propiedad. (Considerando cuarto).....	25
<b>2.- Ministerio Público recurre de Nulidad contra la sentencia definitiva que absuelve al imputado por el delito de desacato en contexto de VIF. Se rechaza el recurso estimando que no concurre la faz subjetiva del tipo penal, los hechos no revelan un ánimo de incumplimiento desafiante de la resolución judicial. (CA Valdivia 12.07.2018 rol 10-2018).....</b>	<b>28</b>
SINTESIS: Recurso de Nulidad interpuesto por el Ministerio Público, contra la sentencia definitiva que absuelve al imputado por el delito de desacato en contexto de VIF. Recurso rechazado por la CA Valdivia, señalando que: “(...) los hechos establecidos en la sentencia recurrida, no revelan por parte del imputado haya existido un ánimo de incumplimiento contumaz y desafiante de la orden o resolución judicial, ya que ingresó al hogar común con el explícito consentimiento de la víctima”. Se trataba de una acción permanente y consentida, la Corte estima que esto implica la ausencia de dolo de transgredir la orden judicial, al no constar de modo alguno que tuviere real conciencia de su ilicitud, no siendo irrelevante que en ese escenario estimara o instuyera que se había producido una suerte de perdón de la ofendida al no existir constancia de reproche alguno. Además la Corte reitera su criterio para entender que se configura el delito de desacato, señalando que no basta un mero incumplimiento de la resolución judicial, sino que debe existir una actitud contumaz y desafiante por parte del agente hacía las decisiones judiciales dirigida a violentar la acción de la justicia, criterio que ha permitido absolver al acusado por el delito de desacato cuando incumple la obligación de acercarse a la víctima para retirar sus objetos personales del hogar común; o cuando con consentimiento de la víctima ingresa al hogar común para reanudar la relación de pareja.....	28

**1. Rechaza Recurso de Nulidad, estima aplicable en los delitos contra la propiedad la aplicación conjunta de los art.449 y 450 del CP.Hay un voto disidente, fundamentado en el principio de interpretación restrictiva de las normas penales. (CA Valdivia 06.07.2018 rol 55-2018) ..... 34**

**SINTESIS:** La sentencia recurrida condena como autor de delito tentado de robo con fuerza en lugar habitado, a la pena de presidio mayor en su grado mínimo. En la especie, la defensa fundamenta el recurso de nulidad alegando una errónea aplicación del derecho toda vez que el Tribunal aplica conjuntamente los art.449 y art.450 del CP agravando la pena del condenado, no siendo aplicable el art.449, puesto que esta última norma se refiere a delitos en grado de consumado, principio que reafirma el artículo 50 del Código Penal. Además señala que por tratarse de normativa posterior a la del artículo 450 del Código Penal, no podría aplicarse la Ley 20.931, denominada “de agenda corta”, a los delitos contra la propiedad en grado de tentativa, como es el caso de autos. La Corte rechaza el recurso arguyendo que la modificación introducida por la Ley 20.931 no hace distinción alguna respecto de la aplicabilidad del art.450 del CP, vigente a la época y en consideración a la historia fidedigna de la Ley 20.931 que es agravar el trato penal a quienes reincidan en delitos contra la propiedad, en consecuencia, de ningún modo aparece como incongruente a dicha finalidad la aplicación conjunta de los artículos 449 y 450 del Código Penal. Sin embargo hay un voto en contra, que argumenta que las normas del derecho penal han de ser interpretadas a favor del condenado, por lo tanto estas áreas del derecho son de aplicación excepcional y restrictiva. No obstante, las modificaciones legales deben ser interpretadas armónicamente de modo que tengan –al menos- una forma de aplicación, por lo tanto se debe armonizar la aplicación de los art.450 y el recientemente modificado art.449 del CP.Es posible mantener la vigencia de ambas normas, permitiendo una aplicación más favorable al justiciable, recogiendo el principio de interpretación restrictiva de las normas penales. Cuando el ilícito se ha desarrollado en forma imperfecta la base de la sanción ha de ser la del delito consumado, pero luego han de aplicarse las reglas generales de los artículo 50 a 52 y 67 a 69, todos del Código Penal. En ese sentido el artículo 450 tiene plena aplicación. Cuando el delito se ejecuta en grado consumado, ha de recurrirse a las reglas del artículo 449 del Código Penal, desde que conforme lo indica el artículo 50 del mismo texto legal, las normas fijan penas para los delitos consumados. Desde esa perspectiva, esta nueva regla resulta plenamente aplicable. Resolver de ese modo permite la vigencia de ambas normas, así como la sustentabilidad de los principios de proporcionalidad de la penas y de interpretación restrictiva y más favorable al condenado. .... 34

**2. Recurso de Apelación interpuesto por la Defensoría, sólo en cuanto rechaza la aplicación de penas sustitutivas. Se revoca la sentencia pronunciada por el T.O.P en la parte que ordena el cumplimiento efectivo de las penas corporales impuestas a los acusados. (CA Valdivia 17.07.2018 rol 105-2018)..... 39**

**SINTESIS:** Recurso de Apelación interpuesto por la Defensoría. El recurso lo deduce en contra de la sentencia sólo en cuanto rechaza la aplicación de penas sustitutivas. Sostiene que el sistema de penas sustitutivas y anteriormente el de beneficios ha sido diseñado por nuestro legislador con la clara orientación político criminal de evitar que la privación de libertad sea la única respuesta del ius puniendi estatal en etapa de ejecución. Así se pretende, además del castigo, la oportunidad de reinserción en la sociedad; igualmente sirve para no congestionar los recintos penitenciarios y para evitar el contagio criminógeno a quienes no han tenido contacto con el sistema anteriormente o que han sido condenados a penas de baja entidad. La Corte tras citar el

art.370 del CPP y la Ley Nº 18216 revoca la sentencia pronunciada por el TOP de Valdivia, en la parte que ordena el cumplimiento efectivo de las penas corporales impuestas a dos de los cuatro condenados, sustituidas por reclusión parcial domiciliaria nocturna y remisión condicional de la pena, por reunirse en el caso los requisitos de la Ley 18216..... 39

**3. Recurso de hecho contra el Juzgado de Garantía de Río Negro que concedió el recurso de apelación interpuesto por un tercerista contra la resolución que, mantuvo la medida cautelar real de secuestro dictada en el proceso. (CA Valdivia 17.07.2018 rol 1168-2016)..... 47**

**SINTESIS:** Recurso de hecho contra el Juzgado de Garantía de Río Negro que concedió el recurso de apelación interpuesto por un tercerista contra la resolución que, mantuvo la medida cautelar real de secuestro de 98 animales dictada en el proceso, por el delito de abigeato. Cita los artículos 158 y 360 del Código Procesal Penal y plantea, en resumen, que la resolución que rechaza la petición de alzar una medida cautelar no la niega ni concede, por lo que no resulta apelable. Además sostiene que la situación del tercerista está regulada por el artículo 189 del citado Código, que no previene el recurso de apelación. La Corte desecha la imposibilidad del tercerista de apelar la resolución que niega el alzamiento de la medida cautelar, arguyendo que la ley procesal penal no la ha excluido como titular del recurso, por lo que la controversia radica en determinar si la resolución que mantiene una medida cautelar real es apelable. La Corte sostiene que la medida que mantiene una cautelar real es apelable, realiza una interpretación teleológica y señala que: “mantener una medida cautelar previamente resuelta, no es literalmente idéntico a decretarla, pero en tanto a su efecto práctico será que continuará vigente, entonces sí equivale, en los hechos, a acceder a ella”. Además, cita el mensaje del CPP agregando un elemento histórico a su fundamentación. **(Considerando cuarto)** ..... 47

**4. Acoge recurso de amparo a favor de adolescente recluido en el Centro de internación Provisoria, al haber sido privado de sus derechos legales y constitucionales por el Juzgado de Garantía, quien decretó Internación Provisoria del imputado, con infracción de la Constitución, las leyes y Tratados Internacionales (CA De Valdivia 03.08.2018 rol 52 – 2018). ..... 50**

**SINTESIS:** Defensor interpone acción de amparo a favor de adolescente quien fue privado de sus derechos legales y constitucionales por el Juez de Garantía, quien con fecha 27 de julio de 2018 decretó como medida cautelar Internación Provisoria del imputado, el día de la audiencia donde fue condenado como autor de delito consumado de robo en lugar no habitado. La defensa se opuso invocando vulneración de los artículos 32 y 33 de la Ley 20.084 que establece que será procedente la internación para mayores de 18 años, y atendiendo el artículo 23 de la LRPA la sanción más grave para un simple delito como lo es robo en lugar no habitado, podría ser Internación en Régimen Semicerrado con Programa de Reinserción Social. Se acoge recurso de amparo en contra de la resolución del Juez de Garantía, decretándose la inmediata libertad del menor anteriormente individualizado. .... 50

**5. Se acoge el recurso de amparo en contra del Juez de Garantía, quien rechaza solicitud de discusión de procedimiento abreviado sin fundamento legal alguno (CA De Valdivia 06.08.2018 rol 54- 2018). ..... 54**

**SINTESIS:** Defensor interpone recurso de amparo contra don Carlos Acosta Villegas, Juez de Garantía de Valdivia por rechazar infundadamente solicitud de discusión de procedimiento abreviado que contaba con el acuerdo de todos los defensores y se ajustaba en todos sus

términos a derecho. A continuación se interpone reposición la que se rechaza en todos sus términos. Lo anterior vulnera las garantías constitucionales del debido procedimiento antes mencionadas, y los artículos 36 y 407 del CPP, lo que termina por deducir que la decisión es completamente ilegal por carecer de todo fundamento de hecho y de derecho, por lo que se acoge dicho recurso, debiendo agendar audiencia de procedimiento abreviado al tenor del artículo 407 del CPP en su oportunidad..... 54

**6. Acoge recurso de nulidad contra sentencia del Juzgado de Garantía de Valdivia por la que se condenó a un hombre como autor del delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, ordenando dictar sentencia de reemplazo. (CA De Valdivia 09.08.2018 rol 464-2018) 58**

**SINTESIS:** Defensora interpone recurso de nulidad contra sentencia que condena a M.M.O como autor del delito de manejo de vehículo motorizado en estado de ebriedad; en grado de consumado a la pena de cuarenta y un días de prisión en su grado máximo, -pena corporal sustituida por remisión condicional- más suspensión de licencia de conducir por cinco años, le concurre al condenado suspensión en procedimiento anterior, elemento que el Ministerio Público estima como suficiente para solicitar la imposición de la pena establecida en el artículo 169 de la Ley de Tránsito. La Corte acoge el recurso de nulidad estimando que el tribunal a quo incurre en un error de derecho, siempre que la correcta aplicación del artículo en cuestión requiere de la existencia de una decisión jurisdiccional previa, por lo que la concurrencia de una salida alternativa en procedimiento anterior no sería suficiente para la correcta aplicación de la norma, toda vez que en dicha oportunidad se dejó en suspenso la determinación de la responsabilidad penal del condenado. Se dicta sentencia de reemplazo en lo referente al plazo de suspensión de la licencia de conducir por el término de dos años. (Considerandos: 2, 3,4, 6) ..... 58

**7. Rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa contra sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia que condenó a P.R.C como autor del delito de violación de menor de catorce años, se confirma la sentencia de primera instancia. (C.A De Valdivia 09.08.2018 rol 470-2018).**

**61**

**SINTESIS:** El Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia condena a P.R.C a la pena de quince años de presidio mayor en su grado medio como autor del delito de violación de menor de catorce años. La defensa recurre de nulidad por el artículo 374 letra e) toda vez que, a su entender, el a quo dicta la sentencia con omisión de los requisitos del artículo 342 letra c) en relación al artículo 297, todos del CPP. En subsidio la defensa recurre de nulidad por el artículo 373 letra b). Finalmente la Corte está por rechazar el recurso de nulidad, desechando las dos causales invocadas; aduciendo que el tribunal de la instancia hace una correcta ponderación de la prueba, que le permite adquirir la convicción para tener por establecidos los delitos de violación reiterados y consumados; y que respecto a la causal subsidiaria los hechos probados encuadran con la calificación jurídica realizada por el Ministerio Público. (Considerandos: 1; 3; 5; 6; 8;) ..... 61

**8. Acoge recurso de amparo en contra de la sentencia de la Comisión de Beneficio de Libertad Condicional, quien había denegado el beneficio de libertad condicional, vulnerando el derecho a la libertad personal por considerar que no cumplía con los requisitos establecidos en la ley (CA de Valdivia 13.08.2018 Rol 46 – 2018). ..... 66**

Acoge recurso de nulidad en contra de la sentencia de la Comisión de Beneficio de Libertad Condicional, quien había denegado el beneficio de libertad condicional, vulnerando el derecho a

la libertad personal por considerar que no cumplía con los requisitos establecidos en la ley, estando habilitado para postular al beneficio desde el 1° semestre, habiendo cumplido condena, aprendió un oficio y asistió con regularidad a los establecimientos educativos..... 66

**9. Rechaza recurso de amparo que se interpuso en contra de la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones por estar el imputado con beneficio de reducción de condena en una de las penas de uno de los delitos cometidos, más no cumpliéndose el tempo en el requisito de delito de abuso sexual impropio. (CA de Valdivia 14.08.2018 Rol 47 – 2018 AMP)**

**71**

**SINTEISIS:** Defensor interpone recurso de amparo en contra de sentencia que rechazaba rebaja de pena de la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Valdivia, que rechazó el derecho de cumplir la pena en libertad condicional. El imputado se encontraba cumpliendo la pena de tres delitos de estupro, a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, y como autor del delito de abuso sexual impropio a la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo. El amparado contó con beneficio de reducción de condena del artículo 5 de la Ley N° 19.856 equivalente a 4 meses. que se encuentra cumpliendo la pena más grave, esto es la de 5 años y un día por los tres delitos de estupro, respecto de las cuales cumpliría con el requisito estipulado en la ley, pero no así respecto de la pena de tres años y un día por delito de abuso sexual impropio. En conclusión, se rechaza el recurso de amparo por no cumplir con el tiempo mínimo para acceder a la libertad condicional previsto en el artículo 3° inciso tercero del D.L. N° 321 ni aún con la rebaja de condena que lo beneficia..... 71

**10. Rechaza recurso de nulidad deducido contra sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia por la que se condena a D.T.A a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autora del delito consumado de tráfico ilícito de drogas; sin considerar la aminorante del artículo 11 n° 9 del CP, aun cuando la imputada habría prestado declaración. (CA Valdivia 24.08.2018 rol 73-2018) .....**

**74**

**SINTEISIS:** Por sentencia del 30 de junio de 2018 el Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia condena a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo a D.T.A como autora del delito de tráfico ilícito de drogas en grado de consumado. Ante lo cual la defensa recurre de nulidad por el artículo 373 letra b) señalando que el a quo efectuó una errónea aplicación del derecho; al no considerar la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos del artículo 11 N° 9 del CP.Toda vez que la imputada habría prestado declaración con orientación auto inculpatoria en el procedimiento. La Corte rechaza el recurso de nulidad aduciendo que para la correcta aplicación de la atenuante se requiere que la conducta de la imputada haya sido esclarecedora, esto es, que revele hechos nuevos y desconocidos y que además sea sustancial en cuanto sea determinante para que el juez tenga por establecida la veracidad de los hechos; cuestiones que no se evidencian con la declaración de la imputada... 74

**11. Rechaza recurso de nulidad presentado, en contra de sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia; por la que se condena a R.C.F a la pena de 20 años de presidio mayor en su grado máximo, como autor del delito consumado de parricidio. Confirmándose el fallo del a quo. (CA Valdivia 24.08.2018 rol 49-2018) .....**

**80**

**SINTEISIS:** El Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia condena a R.C.F a la pena de 20 años de presidio mayor en su grado máximo, como autor del delito consumado de parricidio, en la persona de su

hijo de cinco meses de vida M.C.E. El abogado defensor penal privado recurre de nulidad contra la sentencia del grado, por el artículo 374 letra e) en concordancia con el artículo 342 letra c) y 297, todos del CPP. Arguyendo que la fundamentación del fallo es inválida, pues no resistiría un análisis desde la lógica material, toda vez que los sentenciadores alcanzan el estándar de convicción exigido por la ley discurrendo sobre indicios que, en sí mismos, no superan el estándar probatorio exigido en materia penal. La Corte estima rechazar el recurso, pues expresa que el Tribunal a quo ha cumplido con todos los requisitos que debe contener el fallo dictado, además señala que a través de la vía de impugnación ejecutada por la defensa se demuestre, además de lo argumentativo, que el sentido con el cual es utilizado el elemento de prueba en la sentencia, para fundar la condena, no se corresponde con el sentido de la información, o sea, exige una falsa percepción del conocimiento que se incorpora; cuestión que no ha sido capaz de acreditar el recurrente. (Considerandos: 1; 2; 3; 9; 10; 12) ..... 80

**12. Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa contra sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, recurrida por fundar su decisión en prueba indiciaria; prueba que la Corte estima procedente por no sobrepasar los límites de la libre valoración. (CA Valdivia 31.08.2018 rol 112-2018) ..... 88**

**SINTEISIS:** El Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia condena a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo a G.G.V como autor del delito de robo en lugar habitado; La defensa recurre de nulidad por el art.374 e), art.342 letras c) y d) y 297 todos del CPP, fundando el recurso en que el a quo tuvo por probada la participación del imputado con la diligencia pericial de huellas dactilares en el sitio del suceso. Cuestionando la procedencia de la prueba indiciaria, la que sobrepasaría los límites de la libre valoración; no existiendo razón suficiente para establecer la participación del imputado, toda vez que el vicio se manifiesta en la construcción silogística que realiza el Tribunal con los supuestos indicios que se tuvieron a la vista para acreditar la participación; no siendo capaces éstos de fundamentar la data de las huellas ni las circunstancias en las que éstas quedan grabadas en la ventana muestreada. La Corte rechaza el recurso arguyendo que la prueba indiciaria es totalmente procedente en el proceso penal, reconociéndole a la prueba indirecta el valor de un medio de prueba autónomo, con capacidad probatoria eficaz, capaz de fundar por sí sola una resolución condenatoria con caracteres de legitimidad suficientes. La Corte hace hincapié en que la defensa discurre simplemente en base a la negación del hecho, sin proporcionar ninguna teoría alternativa ni siquiera por la vía especulativa que pueda conducir al examen de contra indicios. Finalmente concluye que los sentenciadores procedieron con estricta sujeción a las normas que regulan la apreciación de la prueba, con respeto a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. (Considerandos: 1; 2; 3; 5; 6; 7) ..... 88

**13. Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa contra sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, por la que se condena a dos individuos como autores del delito de tráfico de migrantes y trata de personas por trabajo forzado (CA Valdivia 17.08.2018 rol 136-2017).... 96**

**SINTEISIS:** El Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Osorno condena a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y diez años y un día de presidio mayor en su grado medio por los delitos de tráfico de migrantes y trata de personas por trabajo forzado respectivamente, a dos individuos; La defensa recurre de nulidad por el artículo 374 letra e, arguyendo que la sentencia se habría dictado en omisión a los requisitos del artículo 342 letra c y

297 del código penal, normas infringidas porque los sentenciadores condenan a los imputados solo en virtud de una declaración extrajudicial de una de las víctimas. Como causal subsidiaria invocan la del artículo 373 letra b fundamentada en la errónea aplicación del derecho que hacen los sentenciadores al no considerar el delito de tráfico de migrantes como un medio para la comisión del segundo delito, vulnerando así el principio del non bis in ídem. Finalmente la Corte rechaza el recurso estimando que la sentencia si cumple con los requisitos del artículo 342 y que no se dicta en contravención al non bis in ídem, toda vez que no cabe considerar el ilícito de tráfico de migrantes como un medio necesario para la trata de personas por trabajo forzado, ya que las condiciones de explotación y dependencia que concurren en el trabajo forzado no dependen necesariamente del ingreso ilegal que han promovido y gestionado los sentenciadores. (Considerandos: 1; 2; 5; 7) ..... 96

**14. Rechaza recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra sentencia del Juzgado de Garantía de Valdivia, por la cual se condena a dos adolescentes con aplicación de la regla de determinación del artículo 450 del Código Penal. (CA Valdivia 20.08.2018 rol 7263-2017)..... 102**

**SINTESIS:** El Juzgado de Garantías de Valdivia condena a dos adolescentes a uno sufrir la pena de cuatro años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social como autor de dos delitos de robo en lugar destinado a la habitación uno en grado de consumado y otro en grado de frustrado, y a otro a la pena de tres años de libertad asistida especial, como autora del delito de robo en lugar destinado a la habitación en grado de frustrado; ante esto la defensa interpone recurso de apelación arguyendo haberse causado agravio a sus representados, pues el juez a quo consideró la regla de determinación de la pena establecida en el artículo 450 del Código Penal, lo que a juicio de la defensa no resulta aplicable pues al tratarse de adolescentes existe un sistema penal especial, con objetivos, penas y formas de determinación distinta, por lo que además tampoco se habrían considerado las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, ni mucho las circunstancias particulares de los condenados. Finalmente la Corte rechaza el recurso señalando que la aplicación de la regla del artículo 450 del Código Penal no resulta en agravio para los condenados, por lo que se confirma la sentencia de primera instancia. .... 102

**15. Rechaza recurso de nulidad interpuesto contra sentencia del Tribunal Oral en lo Penal por la que se condena a una persona a la pena de siete años y ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo, con errónea calificación de las circunstancias modificatorias a juicio de la defensa. (CA Valdivia 29.08.2018 rol 85-2018) ..... 106**

**SINTESIS:** El Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valdivia dicta sentencia condenando a la pena de siete años y ciento ochenta y cuatro días a un individuo como autor del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, considerándose la agravantes de reincidencia específica que afectaba al condenado, aplicándose la regla del artículo 449 del Código Penal aplicándose la pena en su máximo; La defensa recurre por errónea aplicación del derecho y sostiene que ha existido un error en la valoración de las circunstancias modificatorias, toda vez que para la aplicación de la regla citada anteriormente, se requiere de la existencia de dos circunstancias agravantes. Además sostiene que se incurre en un error de derecho al considerar como reincidencia específica la comisión del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, respecto del primer delito de robo con fuerza en lugar no habitado. Finalmente la Corte rechaza el recurso sobre el razonamiento de que la valoración de las agravantes es correcta toda vez que si bien la redacción del artículo 449 podría ser defectuosa la jurisprudencia ha venido

interpretando el articulado en el sentido por el cual no se requiere la concurrencia de ambas circunstancias, por lo que el cuestionamiento se circunscribe en el ámbito de análisis de técnica legislativa, pero no evidencia una errada aplicación del derecho. En cuanto a la aplicación de la reincidencia específica sostiene que la jurisprudencia se ha encargado de entregar parámetros para su concurrencia, los que serían totalmente aplicables al caso concreto. (Considerandos: 1; 2; 3; 4; 5.) ..... 106

**16. Acoge recurso de amparo en contra de Comisión de Libertad Vigilada de la Corte de Apelaciones, que no había considerado con totalidad el tiempo mínimo de cumplimiento de condena para optar a este beneficio, cumplir con las exigencias correspondientes del artículo 2 del DL 321, mantener una conducta intachable y aprender un oficio. (CA de Valdivia 30.08.2018 rol 50 – 2018 AMP) ..... 111**

**SÍNTESIS:** Defensor interpone recurso de amparo contra sentencia de la Comisión de Libertad Vigilada de la Corte de Apelaciones, quien había denegado el beneficio de libertad condicional habiendo cumplido con los requisitos que exige la ley y encontrándose habilitado para ser postulado el 1° semestre. En cuanto a las otras exigencias, las cumple a cabalidad, esto es, haber asistido con regularidad y provecho al establecimiento escolar, conducta intachable, y aprender un oficio. Que el recurrente dirigió su acción en contra de dicha Comisión la cual resolvió denegar el beneficio vulnerando el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 19 N°7 fundamentando que no cumplía con el tiempo mínimo de cumplimiento de condena. No obstante lo anterior al condenado le había reconocido 4 meses de rebaja de su condena, encontrándose habilitado para ser postulado desde el 1° semestre. En lo concerniente a los demás requisitos, se ha observado una conducta intachable, esto es conducta intachable en el establecimiento penal en que cumple condena, el haber aprendido bien un oficio y haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten. Por lo anterior, se acoge el recurso de amparo. .... 111

**17. Se rechaza Recurso de Nulidad. No aparece como imprescindible para la punibilidad de la conducta de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, el determinar el grado de pureza, ya que dicho análisis no es una exigencia del tipo penal. Se constata la existencia de diversas decisiones jurisdiccionales. (CA de Valdivia. 04.09.2018 rol 545-2018)..... 116**

**SINTEISIS:** Recurso de Nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública, contra sentencia dictada por el TOP de Valdivia que condena como autores de delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en artículo 4° de Ley 20.000, en relación con artículo 1° del mismo cuerpo legal, en grado de consumado. La defensa sostiene que la conducta probada carece de antijuridicidad material y su sanción infringe el principio de lesividad, ello, porque se omitió el protocolo de análisis de la pureza de la sustancia incautada impidiendo su consideración como una de las sustancias prohibidas por el art.1 de la Ley 20000, resultando determinante para estimar como acreditado el ilícito, según jurisprudencia y doctrina, influyendo sustancialmente en la parte dispositiva del fallo. La Corte rechaza el recurso señalando que esta calificación legal está referida a la cannabis en estado natural, por lo que una vez determinada la naturaleza de dicha sustancia, no aparece como imprescindible para la punibilidad de la conducta de tráfico en pequeñas cantidades el determinar el grado de pureza, ya que dicho análisis no es una exigencia del tipo penal. Además constata la existencia de diversas decisiones jurisdiccionales relacionadas con la necesidad del protocolo de análisis de la pureza de la sustancia incautada, señalando que

no se trata de un tema pacífico. Sin embargo el art.373 letra b) requiere una contravención objetiva del ordenamiento positivo, que supere el ámbito de la casuística y de la legítima controversia doctrinaria, estimando que no se ha incurrido en el motivo de nulidad que invoca el recurso, al no existir en la sentencia una errónea aplicación del derecho. **(Considerando tercero y cuarto)**..... 116

**18. Se confirma la resolución de alzada que sobreseyó definitiva y parcialmente a dos imputados por la falta de riña pública, puesto que los hechos no son compatibles con la descripción típica del tipo penal. No ocurrieron en un lugar público sino en un Complejo Penitenciario. (CA Valdivia 05.09.2018 rol 3226-2018)** ..... 120

**SINTEISIS:** Recurso de Apelación interpuesto por Fiscalía en contra de la resolución que sobreseyó definitiva y parcialmente a los imputados por la falta de riña pública contemplado en el art. 496 N°10 del CP. Los hechos consistieron en una riña dentro del Complejo Penitenciario. En el procedimiento monitorio el Tribunal acoge la postura de la defensa, quien sostiene que la figura penal consiste en reñir en público y, al contrario, la riña en privado no está sancionada en el CP, por lo tanto, considera que el concepto de riña en público resulta incompatible con el lugar en que se habrían suscitado los hechos. Posteriormente la Corte al resolver el recurso, sostiene que la controversia radica en determinar si la dinámica de los hechos es compatible con la descripción típica del art.496 N°10 del CP, esto es si donde ocurren los hechos puede ser considerado un lugar público y como el legislador penal no lo define, acuden al concepto que indica la RAE, el que permite concluir que la riña no ocurrió en un lugar público, pues allí se restringe el acceso de terceros y la salida de quienes están privados de libertad, por lo que la Corte confirma la sentencia en alzada. .... 120

**19. Recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, fundamentado en una errónea valoración de la prueba rendida en juicio con infracción a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. (CA Valdivia 14.09.2018 rol 868-2018)** 123

**SINTEISIS:** Recurso de Nulidad interpuesto por Fiscalía en contra de la resolución que absuelve a un acusado como autor del delito de receptación sancionado en el art. 456 bis A del CP., por existir disenso respecto de la identidad del objeto material del hecho imputado, consistente en una montura. El Ministerio Público funda su recurso en los art. 374 letra e) del CPP en relación a los art. 342 letra c) y art. 297 del CPP, arguyendo que en la dictación de la sentencia, se ha valorado la prueba producida en el juicio con infracción a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, lo que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que de haberse plasmado correctamente en el fallo habrían conducido a la acreditación de la participación del acusado en los hechos imputados y su consiguiente condena en calidad de autor de los mismos. La Corte analiza la causal del art. 374 letra e) en relación al art. 342 letra c) en los cuales se centran los argumentos de Fiscalía, dicha Corte señala que: “al dictar la sentencia al tribunal le corresponde realizar una doble función: a) debe exponer los hechos y circunstancias que se dieron por probados (favorables o no al acusado) y b) ha de valorar los medios de prueba que fundamenten tales conclusiones conforme lo que indica el artículo 297 del Código Procesal Penal”, normas que según la doctrina se refieren a la apreciación de la prueba. Y que por su parte dicha Corte tiene la labor de comprobar si la sentencia que dictó el Juzgado de Garantía omitió o no el requisito que dispone

el art. 374 letra e) del CPP. Tras enunciar dichas normas, la Corte señala que la legislación procesal penal ha sido exigente en orden a imponer a los jueces que conocen y resuelven en juicio oral una preocupación esencial de fijar los hechos y circunstancias que se tuvieron por probadas en la sentencia, sean favorables o desfavorables al acusado y además debe ir precedida de la debida valoración que impone el art. 297, norma que ha facultado a los tribunales para apreciar la prueba con libertad pero con una primera limitante, no pueden en modo alguno, contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; y luego como una segunda limitante exige que para hacer esa valoración el tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso la desestimada. El fin de esta fundamentación es permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llega la sentencia, por lo tanto no basta con una simple relación de los documentos de procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes, es necesaria una debida fundamentación. Exigencias que tienen un respaldo constitucional, en el inciso 5º del Nº 3 del art. 19 y en el art. 73 de la Constitución. Por tanto, el Juez es libre para apreciar la prueba, teniendo como obligación principal argumentar circunstanciadamente las razones de su decisión, que deben fundarse en los antecedentes del proceso, de modo que su raciocinio pueda ser entendido por un hombre medio. De este modo, si tales exigencias no son respetadas se permite la anulación correspondiente. Además la Corte se refiere al estándar de prueba necesario para destruir el principio de inocencia, esto es más allá de toda duda razonable. Principio que ha sido considerado integrante del debido proceso, y está relacionado directamente con la carga de la prueba la que recae sobre el Estado y de su órgano persecutor, lo que se traduce en una regla de enjuiciamiento, consistente en que *si el Estado no logra satisfacer el estándar probatorio impuesto por la ley procesal penal, la consecuencia necesaria del incumplimiento de esa carga es la absolución del acusado*, lo que constituye una aplicación práctica del principio in dubio pro reo. Además establece que el principio de inocencia debe ser destruido sobre la base de la investigación de los hechos, entre ellas la identidad de la cosa objeto del delito, para lo que debe necesariamente incorporarse *prueba lo suficientemente convincente e inequívoca* en cuanto a su responsabilidad, que sea de tal fuerza, que el juzgador lo tenga como responsable del hecho más allá de toda duda razonable, esto es, con un grado de certeza moral que no le permita dudar respecto a su inocencia. Por lo que, dados los términos de la imputación efectuada por el Ministerio Público y la tipificación legal del delito de receptación, es indispensable para su configuración que exista identidad entre las especies que en algún momento fueron objeto de robo y las que son mantenidas en poder de receptor, discusión existente entre los intervinientes del juicio, y respecto de la cual, la jueza de primer grado se hizo cargo, refiriéndose a la totalidad de la prueba de cargo, analizándola individualmente y dando cuenta de sus inconsistencias e imprecisiones en lo que respecta -esencialmente- a la identidad de la montura que fue robada y la que fue encontrada posteriormente en poder del imputado, inconsistencias que se aprecian tanto en las declaraciones de la propia víctima como de los funcionarios policiales que intervinieron en la etapa de investigación. Por esto, la Corte rechaza el recurso, sustentado en que los elementos de convicción o de prueba que los intervinientes aportaron al juicio fueron valorados en la forma que dispone la ley, inspirándose en los principios de lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados aplicados a las especiales circunstancias de comisión del delito investigado, se dedica a hacer una valoración conjunta de la prueba allegada al juicio, explicitando las razones y motivos por los cuales llega a

la conclusión que no hay identidad entre las especies en cuestión, en lo cual funda su decisión de absolución. .... 123

**20. Corte rechaza recurso de nulidad, adheriendo a la teoría de la ablatio, ratificando la condena por el delito de robo con fuerza en lugar no habitado en grado consumado, desechando la petición de la defensa que solicitaba la rebaja en un grado por encontrarse en grado de frustrado. (CA Valdivia 25.09.2018 rol 48-2018)..... 133**

**SINTESIS:** Defensor Penal interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia que condena a los imputados por su participación como autores directos del delito de robo con fuerza cometido en lugar no habitado, al tenor del art.442 N°1 del CP. Invoca el art.373 b del CPP. La defensa solicita que se rebaje la pena en un grado a la contemplada por la ley al delito, pues los hechos establecidos se encontraban en una etapa de desarrollo frustrado, puesto que, forzaron la puerta del inmueble ingresando al interior de la casa sustrayendo variadas especies, huyendo del lugar hacia el camino público, subiendo a una camioneta que los esperaba en marcha, tras huir del lugar fueron detenidos a los pocos kilómetros por funcionarios de la PDI que vigilaban el sector. La Corte no acoge la petición de la defensa, fundamenta citando doctrina mayoritaria para determinar cuando se entiende consumado el delito, señalando cuando se produce la apropiación en el delito de hurto. Aparte, continúa explicando las cuatro posiciones doctrinales y adheriendo a la tesis de la ablatio, estableciendo que el momento consumativo coincide en todos los casos en que la custodia se entiende ejercida sobre un determinado ámbito espacial, y se entiende que esa custodia perdura mientras la cosa permanece en ese ámbito. Además cita un fallo de la Corte Suprema en que indica que: *“al no darse los presupuestos del delito consumado, que como se ha dicho, en este tipo de delitos son para el hechor comportarse como propietario de la especie y para la víctima que haya salido de su esfera de resguardo”*. .... 133

**21. Recurso de nulidad que solicita que se absuelva por defectos en la valoración de la prueba que se desarrolla en la sentencia condenatoria por el delito de abuso sexual reiterado. La Corte lo rechaza, señalando que el recurrente busca que se haga una nueva ponderación de la prueba. (CA Valdivia 01.10.2018 rol 23-2018) ..... 137**

**SINTESIS:** TOP resuelve, absolver por el delito de violación y condena por el delito de abuso sexual de menor de 14 años en carácter reiterado. La defensa interpone recurso de nulidad invocando como causal principal art.373 letra a, y subsidiariamente invoca la causal establecida en el art.374 letra e en relación al art. 342 letra c y en relación al art.297 del CPP. La Corte Suprema acogió la solicitud de reconducción de la causal de infracción de garantías a la contemplada en el art. 374 letra e. El recurrente señala que el fallo al valorar los medios de prueba y acreditar la existencia del delito, se ha contravenido los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia. Agrega que, los principales defectos en la valoración de la prueba que pugna con el art. 297, que se desarrolla en la sentencia y que dice relación con los que se formó la convicción de culpabilidad son los siguientes: -Falta de anclaje temporal;-Falta de detalles relevantes;-Contradictorio con su mismo relato;-Falta de daño;-Falta de conductas sexualizadas y falta de otras conductas. En cuanto a la contravención a las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados- art.342 letra c en relación con el art.297 del CPP, señala el recurrente que en la sentencia impugnada existen deficiencias en cuanto a la valoración individual y completa de la prueba, ya que las conclusiones que llega finalmente los sentenciadores de mayoría pugna con el art. 342 letra c) en relación con el art.

297, y por lo tanto, genera un vicio absoluto de nulidad. Agrega que existe una falta de valoración, porque no existe un sustrato que permita a los sentenciadores sostener más allá de toda duda razonable la decisión de condena, más que la íntima convicción del tribunal que la víctima tiene un relato verosímil. Sin embargo, la Corte rechaza el recurso fundamentando que sólo compete a esta Corte examinar, vía recurso de nulidad, si los jueces se hicieron cargo de toda la prueba producida en el juicio, y si dicho razonamiento es suficientemente motivado y reproducible, por lo tanto, el Juez es libre para apreciar la prueba, teniendo como obligación principal argumentar circunstanciadamente las razones de su decisión, que deben fundarse en los antecedentes del proceso, de modo que su raciocinio pueda ser entendido por un hombre medio. Y a juicio de la Corte La sentencia recurrida es motivada, completa, suficiente y sus conclusiones son el fruto de dichas circunstancias, sin que se observe en ellas forzamiento alguno. Finalizan señalando que que lo que persigue el recurrente no es sino que se haga una nueva ponderación de la prueba que lleve a una conclusión distinta a la adoptada por el tribunal, lo que escapa a la circunstancia prevista por el legislador..... 137

**22. Acoge recurso de amparo por vulneración de derechos constitucionales de libertad personal y seguridad individual y por violar el artículo 19 N° 6 y 7 de la Constitución Política de la República, siendo el responsable el Director Regional de Gendarmería. Se dejan sin efecto los beneficios extra penitenciarios que mantenían antes de su revocación (CA De Valdivia 02.10.2018 rol 66 – 2018). ..... 150**

**SINTESIS:** Defensora interpone recurso de amparo contra Director Regional de Gendarmería, por vulneración de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, imputados a quienes fueron revocados de sus beneficios intra penitenciarios debido a observaciones que se emitieron por el Consejo. Desde ese día los internos han dejado de percibir del beneficio de la salida progresiva al medio libre, situación que resulta ilegal y arbitraria y vulnera las normas constitucionales antes mencionadas debido a la inexistencia de esa facultad en el DL 2.859, esto es, la imposibilidad del Director Regional de citar a dicho Consejo a un Consejo Extraordinario a una reevaluación de la ficha, de lo cual no solo resulta ilegal la formación de este grupo sino también quienes participaron de la votación estando limitados por la ley a tener solamente derecho a voz. La Corte acoge el recurso de amparo, y declara que se mantienen los beneficios extra penitenciarios. .... 150

**23. Recurso de nulidad interpuesto por Fiscalía, por ser condenado el acusado por dos delitos de lesiones menos graves, más una falta de daños, siendo impuesta solo la pena principal, sin haber otorgado medidas accesorias del art.9 de la ley 20066. (CA Valdivia 04.10.2018 rol 438-2017) 156**

**SINTESIS:** Recurso de Nulidad interpuesto por el Ministerio Público, por considerar una errónea aplicación del derecho sustentado en el art. 373 b del CPP. Se fundamenta en que en la acusación original formulada por la Fiscalía contra el aludido, se pedía por un primer hecho constitutivo de lesiones menos graves producidas en contexto de violencia intrafamiliar y daños falta, una pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, más accesorias del art.30 del CP y las accesorias del art.9 de la ley 20066, más una multa, y una pena de 3 años de presidio menor en su grado medio mas iguales accesorias general y especiales por un segundo hecho; esto en el marco de la audiencia respectiva, en la cual se hizo ofrecimiento de un procedimiento abreviado y una pena rebajada, más multa sin hacer pronunciamiento expreso de las accesorias generales y

especiales. En este contexto la defensa señala que no es posible aplicar las accesorias de VIF, a su parecer, por no haber sido solicitadas en esa instancia por el Ministerio Público. Argumentación que fue considerada por la jueza del Juzgado de Garantía de Osorno, junto con dar primacía al art.395 del CPP el que dispone que el juez no podrá imponer una pena superior a la solicitada en el requerimiento. Al respecto hubo oposición formal por parte de Fiscalía al considerar se tratan de penas obligatorias para el juez, además de haberse encontrado solicitadas en la acusación. La Corte acoge el recurso, resuelve que existió un yerro legal al haber omitido la sentencia condenatoria la aplicación de las penas accesorias de la ley 20066. Arguye que ha existido un marco base de sanciones pretendidas, conformado por aquéllas contenidas en la acusación formulada por el Ministerio Público que claramente han incluido no solo la petición de las penas principales, sino también ha incorporado expresamente la accesoria general ligada a los dos hechos y, de igual modo explícito, las accesorias especiales atinentes a la ley 10066. Lo cual de suyo da cuenta del núcleo fundamental del ofrecimiento punitivo del Persecutor, que constituía el pilar sobre el cual era susceptible negociar jurídicamente por parte de Fiscalía, en ejercicio de sus facultades. Esta Corte comprende de modo palmario que la omisión de la mención de las accesorias, tanto generales como especiales, no suprimía en modo alguno su aplicación, dado el carácter imperativo que unas y otras tienen en su asociación con las sanciones principales por expreso mandato del artículo 30 del Código Penal, y del artículo 9° de la Ley N°20.066, los textos legales hablan por sí solos y no dejan lugar a dudas, independientemente de la forma como hubiese sido efectuado el ofrecimiento, puesto que se trata de normas de orden imperativo, ineludibles a la hora de sancionar una conducta constitutiva de estos delitos. Además señala, que una mera omisión involuntaria de un interviniente, no puede ser empleada por un contradictor de buena fe para sustentar su argumentación, motivando una consecuentemente errónea aplicación del derecho. **(Considerando octavo)**..... 156

**24. Recurso de nulidad interpuesto por la defensa, sustentado en el art.373 b, en relación a la agravante específica del art.12 N°16 del CP.La recurrente considera que el delito de robo en bienes nacionales y el delito de robo en lugar destinado a la habitación no se tratan de delitos de la misma especie. (CA Valdivia 10.10.2018 rol 121-2018)..... 162**

**SINTESIS:** La defensa interpone recurso de nulidad por considerar que hay una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que, se aplica la agravante de reincidencia específica contemplada en el art.12 N°16 por los delitos de robo en bienes nacionales de uso público y los delitos de robo en lugar destinado a la habitación, puesto que, no se tratan de delitos de la misma especie. La Corte rechaza el recurso, argumentando que ambos delitos atentan en contra de la propiedad, además comparten la figura del art.432 consistente en la apropiación de una cosa ajena con ánimo de lucro, tratándose la forma de perpetrar el delito de una forma similar en ambos casos, ya que requiere un plus para que se configure el delito de robo que lo difiere del hurto, y ambos delitos se encuentran regulados en el párrafo tercero del Libro II título IX del CP..... 162

**25. Recurso de nulidad interpuesto por la defensa, sustentada en el art.373 b, se condena al acusado por el delito de homicidio frustrado y los hechos establecidos se encontraban en una etapa de desarrollo tentado. (CA Valdivia 10.10.2018 rol 119-2018)..... 165**

**SINTESIS:** Recurso de nulidad interpuesto por la defensa, alegando una errada aplicación del derecho, ya que se condenó al acusado por el delito de homicidio frustrado y los hechos

establecidos se encontraban en una etapa de desarrollo de tentado, razón por la cual se les ha impuesto a su representado una pena superior a la que legalmente correspondía. La Corte acoge el recurso y dicta sentencia de reemplazo, fundamenta su sentencia citando al profesor Cury, distinguiendo la etapa de tentativa y frustración. Posteriormente se refiere específicamente a dichas etapas en el delito de homicidio, señalando que, hay situaciones en que se realiza la conducta destinada supuestamente a matar, pueden no ser castigadas a título consumado, sino se acredita cual era el propósito preciso del sujeto activo con el disparo. Y en el caso concreto, se sostiene que la acción matadora era por medio de fuego, sin embargo, el acusado fue sorprendido golpeando a la víctima, teniéndola a mano en diversos momentos y en todos estos contactos, entre acusado y víctima, no existió ningún proceso de ignición de las ropas de la víctima o en cualquier otro lugar del sitio del suceso, que dé cuenta de la realización en forma completa el tipo penal de homicidio y lo mínimo que se puede exigir es que la acción destinada a causar la muerte, sea efectivamente realizada por el acusado, lo que no sucedió en el presente caso, en que no solo faltó el resultado, sino que faltó al menos la acción que dé cuenta de la acción destinada efectivamente a matar por parte del condenado, por lo que corresponde castigar por el delito de homicidio en grado de desarrollo tentado. **(Considerando quinto)** ..... 165

**26. Recurso de nulidad interpuesto por la defensa, sustentado en el art.373 b, por considerar que se infringe la normativa referida a la determinación de la pena, en específico el quantum de la pena no pudiendo aplicarse una pena sustitutiva, ello frente a un delito de cohecho agravado. (CA Valdivia 22.10.2018 rol 60-2018)** ..... 170

**SINTESIS:** La defensa denuncia como error de derecho que el sentenciador aumentó la pena en dos grados, considera que lo jurídicamente correcto era subir la pena en un grado. Ello lo justifica en que el número de hechos acreditados y la afectación del bien jurídico protegido, no son fundamento legal para aumentar la pena en dos grados, sino que se debió aumentar sólo en uno. Sostiene que se debió enmarcar la pena dentro del inciso primero del art.351 del CPP y lo correcto era aplicar la atenuante en la pena que fija el art.248 bis, y luego aumentar la pena en un grado. Según la sentencia recurrida se habrían acreditado once hechos constitutivos de delito de cohecho, por lo que la defensa considera que, como no se puede aplicar once veces la pena del art.248 bis, procede hacer uso del inciso 1º del art.351 del CPP. La Corte rechaza el recurso de nulidad, argumentando en relación al incremento de la pena, frente a una reiteración de delitos, es obligatorio aumentar la pena, en al menos un grado, sin perjuicio de ello, se entiende que la cuantía del aumento resultaría ser facultativa. No obstante, la regla del inciso segundo del art.351 del CPP sí contiene un criterio expreso para cuantificar dicho aumento, indicando que éste dependerá del número de delitos. Señala que la doctrina en general postula que dicho criterio es de aplicación extensiva a la hipótesis del inciso primero. Por lo tanto, aunque no exista disposición expresa en torno a que el número de delitos, en este caso, once fueron acreditaros, deba ser el parámetro para hacer uso de la facultad de agravar la sanción en uno o dos grados. Sostiene que claramente no puede ser indiferente a los juzgadores en el caso de reiteración, si los delitos acreditados fueron 3 o superan los 10 a modo de ejemplo. Y en relación al orden de la aplicación de la atenuante, indica que la realidad demuestra que cualquiera de los dos ejercicios, aplicando la atenuante tras la elevación de grados o con posterioridad, da el mismo resultado de pena, por lo tanto, no hay diferencia con la fórmula que propone el recurrente. .... 170

**27. Recurso de nulidad interpuesto por la defensa, argumenta que el tribunal no valoró toda la prueba rendida en juicio, sino que consideró parcialmente la declaración de un testigo para fundamentar su decisión y además no se consideró concurrente la circunstancia atenuante del art.11 Nº9 del CP.(CA Valdivia 17.10.2018 rol 159-2018) ..... 179**

**SINTEISIS:** La defensa interpone recurso de nulidad, sustentado en el art.374 e, y subsidiariamente por el art.373 b del CPP, en contra de la sentencia que condenó a la acusada a la sanción de 30 horas de prestación de servicios a la comunidad, en su calidad de autora del delito consumado de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado. El recurrente alega que el tribunal no valoró toda la prueba rendida en juicio, sino que consideró parcialmente la declaración de un testigo para fundar su decisión de condena. Respecto a esto, la Corte señala que el análisis de las probanzas corresponde a los Jueces de la instancia, carácter que no inviste la Corte de Apelaciones respectiva cuando procede al conocimiento de un recurso de nulidad, de manera que no es posible acceder hasta la revisión de los hechos que se han dado por establecidos. En cuanto a la causal 373 b invocada subsidiariamente, solicita que se considere la circunstancia atenuante del art. 11 Nº9 del CP.La Corte lo rechaza señalando que se debe cumplir un estándar alto de exigencia, siendo insuficiente contar con una declaración de la imputada para que la colaboración pueda ser calificada de sustancial, pues se requiere que ésta sea veraz y conforme con la prueba de cargo. Además se requiere que la colaboración sea determinante, que demuestre suma relevancia y peso para el esclarecimiento de hecho y de la participación, sin cuya concurrencia la persecución penal resulte altamente dificultosa. En el caso en comento, la imputada dio una versión distinta de la dinámica de los hechos y además sostuvo su falta de participación, lo que según la Corte no puede considerarse como contribución al esclarecimiento de los hechos. Finaliza, citando a la Excm. Corte Suprema, quién agrega que se trata de una decisión privativa de los jueces de la instancia, ya que sólo ellos pueden sopesar si la actividad desarrollada por el inculpado a lo largo del procedimiento, a la luz del cúmulo de evidencia reunida en el mismo. **(Considerando Noveno y Décimo) ..... 179**

**28. Recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público por la exclusión de prueba documental, fundamentada en el art.334 del CPP, por considerar que en ellas consta intervención de la policía y del Ministerio Público. La Corte revoca la resolución dictada por el Juez de Garantía por estimar improcedente la exclusión. (CA Valdivia 03.10.2018 rol 1179-2018) ..... 185**

**SINTEISIS:** El Ministerio Público apela resolución dictada en audiencia de preparación de juicio oral, en virtud de la cual se excluyó prueba documental ofrecida por su parte. Los argumentos del Juez de Garantía residen en que se contraviene con su inclusión lo que dispone el art.334 del CPP, al entender que en ellas constan diligencias investigativas en que, si bien intervienen terceros, también habría intervención de la policía y del ente persecutor, con lo cual se vulnerarían derechos y garantías procesales de imputado. La Corte REVOCA la resolución dictada en la parte que excluyó la prueba documental y, en su lugar, rechaza la petición de exclusión de la defensa del acusado, quien sostiene que la intervención de un agente policial en los documentos aludidos, por contener uno de ellos, la rúbrica de un carabinero, en la entrega del decomiso, lo sitúa en la hipótesis del art.334 del CPP y ello justifica su exclusión. Sin embargo para la Corte dicha afirmación es errónea, puesto que basa la exclusión en una causal que no es procedente. Que, en efecto, se concluye errónea porque los documentos antesdichos emanan del Servicio de Salud de Osorno y no de la policía ni del Ministerio Público, y la sola presencia de la firma de un policía

para mantener la unidad de procedimiento no es constitutivo de una diligencia policial. Por otra parte, sostiene que la exclusión, fundada en los términos en que se hizo se aprecia improcedente, toda vez que se ha hecho valer como causal la obtención de la prueba con inobservancia de garantías constitucionales; sin embargo, no se produjo ninguna vulneración de norma legal en el momento de la producción de dicha prueba. Por lo tanto, no se aprecia el modo cómo pudo concluirse la afectación del debido proceso legal. Además agrega que la ubicación sistemática del art.334 del CPP está dirigida a su aplicación por el TOP, y no para ser considerada como regla de exclusión “ex ante” en la audiencia intermedia. **(Considerando 7º y 8º)** ..... 185

**29. Tribunal A Quo denegó Recurso de Apelación interpuesto en contra de la negativa del Tribunal de Garantía de sobreseer definitivamente la causa, por considerarlo extemporáneo. Defensa interpone Recurso de Hecho el que es acogido por el Tribunal Ad Quem (C Valdivia 26.10.2018 rol 61-2018) ..... 189**

**SINTESIS:** Tribunal A Quo denegó Recurso de Apelación interpuesto en contra de la negativa del Tribunal de Garantía de sobreseer definitivamente la causa, por considerarlo extemporáneo, indicando un error en el cómputo del plazo, puesto que, fue interpuesto 9 días después de dictada y notificada en la audiencia la resolución que rechazó el sobreseimiento definitivo. La defensa interpone Recurso de Hecho arguyendo que hubo un error en el cómputo del Tribunal A Quo, porque el último día para interponer el Recurso de Apelación era día domingo 16 de septiembre y los días lunes 17, martes 18 y miércoles 19, todos del mismo mes, eran feriados. En consecuencia, aplicando correctamente el inciso segundo del art.14 del CPP, el plazo para interponer el recurso se aplió hasta el día jueves 20 de septiembre, fecha en que fue interpuesto el Recurso de Apelación. La Corte acepta la postura de la defensa y acoge el Recurso de Hecho. .... 189

**30. Recurso de Apelación interpuesto por el Ministerio Público por la exclusión de prueba en el marco de una audiencia de preparación de juicio oral por ser considerada una actuación que infringió garantías constitucionales del imputado. (CA Valdivia 18.10.2018 rol 901-2016)..... 192**

**SINTESIS:** Recurso de Apelación interpuesto por el Ministerio Público por la exclusión de prueba consistente en veinte fotografías del sitio del suceso y un oficio de la Autoridad Fiscalizadora de Osorno, en el marco de una audiencia de preparación de juicio oral realizada por el delito de porte ilegal de arma de fuego. Fiscalía explica que todo se gestó a raíz de un procedimiento por VIF, en que se produce la detención del imputado en la vía pública, posteriormente en un transcurso de dos horas se procede al registro del domicilio con autorización de la víctima, efectuándose el hallazgo casual de un arma de fuego sin autorización competente. Además señala que, a pesar de que dicha incautación no se enmarca en la diligencia de la detención del imputado, dice relación con una búsqueda e incautación de elementos asociados al delito de amaneza a carabineros. La defensa solicita se confirme la resolución apelada, porque dice relación con una incautación de un arma de fuego derivada de un control de detención, efectuada fuera de los márgenes del art.129 del CPP.La Corte acepta los argumentos del Ministerio Público y revoca la resolución, argumentando que, dentro de las actuaciones de la policía, sin orden previa, el art.83 letra a) contempla el prestar auxilio a la víctima, luego en la letra c) del CPP, establece resguardar el sitio del suceso. Y en este orden de ideas, le parece razonable que funcionarios policiales, en afán de auxiliar a la víctima, la hayan llevado, como es habitual a constatar lesiones y luego para propender a su protección, acompañarla a su domicilio, lugar que procedieron a resguardar. En

dicho mérito, con autorización de la víctima los funcionarios ingresan al domicilio y se efectuó un hallazgo casual. De este modo, no puede hablarse de incautación inconexa con la dinámica de hechos acontecidos. Por lo tanto, la presencia de carabineros en un lugar cerrado no solo puede tener lícita explicación en lo contemplado en el inciso final del art.129 del CPP, sino también en actividades de protección a la víctima en que se produce un hallazgo casual como en el caso concreto. Sin embargo, hay un voto en contra, de la Ministra Sra. María Soledad Piñeiro, quien estuvo por confirmar la resolución apelada. .... 192

**31. Recurso de Hecho interpuesto por la defensa, precisa que la apelación debió presentarse verbalmente en la misma audiencia. La Corte rechaza el recurso, considerando que en los casos del art.149 del CPP, no precluye el derecho de apelar en conformidad a las reglas generales. (CA Valdivia 18.10.2018 rol 796-2018) ..... 196**

**SINTEISIS:** La defensa recurre de hecho en contra de la resolución que resolvió hacer lugar al recurso de apelación presentando por el Ministerio Público. Señala que la apelación interpuesta por el recurrente, se dirigía contra la resolución que sustituyó la medida cautelar de prisión preventiva por la de arresto domiciliario total y prohibición de acercamiento a la víctima. Precisa que la apelación del Ministerio Público debió presentarse verbalmente en la misma audiencia, conforme lo dispone el art.149 del CPP.La Corte rechaza el Recurso de Hecho, indicando que, la finalidad del precepto citado, en cuanto a la apelación verbal, dice relación con evitar que el imputado sea puesto en libertad mientras no se resuelva la apelación, pero de ello no se sigue como consecuencia que precluya el derecho del persecutor de recurrir en conformidad a las reglas generales. Además agrega que, se debe tener presente que uno de los delitos concernidos en la formalización no es de aquellos que contempla la norma del art.149 del CPP. .... 196

**32. Acoge recurso de apelación contra sentencia del Juzgado de Garantía de Valdivia que condena en procedimiento abreviado a la pena de cinco años y un día a imputado por el delito de robo en lugar habitado; aun cuando la defensa solicita rebaja de grado en la pena, lo que es estimado por no procedente por ser ésta una facultad exclusiva del persecutor. (CA Valdivia 20.11.2018 rol 8054-2017) ..... 199**

**SINTEISIS:** El Juzgado de Garantía de Valdivia en procedimiento abreviado condena a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo a imputado por el delito de robo en lugar habitado, la pena impuesta es la misma solicitada por el Ministerio Público en consideración a la existencia de una circunstancia agravante que fue impugnada por la defensa por vulneración al *non bis in ídem*, por lo tanto el tribunal establece la no concurrencia de la agravante, pero estimó que rebajar en grado la pena no era procedente, por ser ésta una facultad exclusiva del persecutor. Ante esto la defensa recurre argumentando que conforme a derecho corresponde rebajar la pena desde los 5 años y un día, señalando que sostener que la determinación del quantum de la pena y normas aplicables quedan al arbitrio del persecutor penal, significa desconocer la facultad que tiene el juez de controlar los actos del Ministerio Público y la correcta interpretación que debe realizarse de las normas penales. Por lo que se confirma la sentencia con declaración que la pena impuesta es la de cuatro años de presidio menor en su grado máximo. (Considerandos: 1 y 2)..... 199

**33. Se acoge el recurso de amparo y se dispone que el Alcaide y el Tribunal de Conducta del Centro de Estudios y Trabajos de Gendarmería deberá restituir la conducta del interno, deberá**

**remitir el informe para que el amparado postule al beneficio de libertad condicional (CA De Valdivia 22.11.2018 rol 79-2018). ..... 202**

**SÍNTESIS:** Defensora interpone acción constitucional de amparo en contra del Alcaide y Tribunal de Conducta del Centro de Estudios y Trabajos de Gendarmería de Chile por actuaciones ilegales y arbitrarias en perjuicio de imputado quien habiendo sido favorecido por amparo obtuvo sanciones mal aplicadas que cercenaron las posibilidades de que el interno postulara al beneficio de libertad condicional, en circunstancias que cumplía con todos los requisitos legales para ello, destacando incluso las calificaciones de su conducta como “buena” y “muy buena”, y recalificadas por el Tribunal de Conducta a “regular”. En atención a la anterior, se colige que el interno fue perjudicado por dicho Tribunal a pesar de tener una sentencia favorable, se le negó la posibilidad de remitir sus antecedentes a la Comisión de Libertad Condicional lo que ha significado una privación de su derecho a ser oído. Esta Corte acoge el recurso de amparo sosteniendo que la parte recurrida deberá restituir la conducta al interno y remitir el expediente para la postulación del amparado al beneficio de libertad condicional (considerando 4). ..... 202

**34. Corte de Apelaciones de Valdivia rechaza recurso de nulidad contra sentencia del Juzgado de Garantía de Valdivia en la que se condena a una persona a 61 días de reclusión menor en su grado mínimo por el delito de uso malicioso de certificado público, la defensa recurre por errónea aplicación del derecho. (CA Valdivia 26.11.2018 rol 1546-2018) ..... 206**

**SINTEISIS:** En audiencia de procedimiento simplificado RIT O-1546-2018 el Juzgado de Garantía de Valdivia dicta sentencia condenatoria contra una persona por el delito de uso malicioso de certificado falso, en calidad de autor, condenándolo a la pena de 61 días de reclusión menor en su grado mínimo y multa de dos unidades tributarias mensuales a beneficio fiscal, se le concede al sentenciado la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena. Ante la sentencia la defensa del imputado recurre de nulidad por errónea aplicación del derecho; sosteniendo que las conductas por las cuales fue condenado su representado son atípicas, ya que solo son sancionadas en el derecho administrativo, toda vez que la norma invocada para calificar jurídicamente los hechos exige que el documento falsificado sea otorgado por un funcionario público y no por particulares como sería el caso. La Corte rechaza el recurso arguyendo que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos es la seguridad del tráfico jurídico en observancia a las funciones que cumplen este tipo de documentos, por lo que la falsificación de instrumento público como privado afecta las funciones de garantía, de perpetuación o de prueba que desempeñan dichos documentos. Entonces no resulta posible razonar como lo hace el recurso toda vez que el mismo artículo 204 comienza describiendo al sujeto activo “el que”, comprensivo de cualquier sujeto con capacidad de cometer el delito y no circunscrito solamente al funcionario público, no siendo posible una interpretación como la que hace la defensa, autónoma del resto del ordenamiento jurídico. (Considerandos: 5; 7; 8; 10). ..... 206

**35. Acoge recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho en lo relativo al delito de desacato dictando sentencia de reemplazo, toda vez que el imputado con la víctima se habrían encontrado en la vía pública. En cuanto al delito de lesiones menos graves rechaza confirmando el fallo de primera instancia (CA Valdivia 26.11.2018 rol 808-2018) ..... 213**

**SINTEISIS:** El Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valdivia condena a imputado por los delitos de desacato y de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar a las penas de 541 días de presidio menor en su grado medio y 61 días de presidio menor en su grado mínimo

respectivamente. La defensa recurre de nulidad por errónea aplicación del derecho arguyendo que las conductas descritas en el fallo del tribunal no constituirían los delitos imputados a su representado. Respecto al delito de desacato señala que a lo sumo podría tratarse de un incumplimiento formal de la medida cautelar de alejamiento toda vez que el encuentro del imputado con la víctima se habría producido en la vía pública y habría sido casual, por lo tanto no imputable al acusado. En cuanto al delito de lesiones la defensa señala que existiría discordancia entre las lesiones que se tuvieron por acreditadas y la conducta de la víctima. Finalmente la Corte acoge el recurso de nulidad deducido en contra de la sentencia anulándola solo en lo que se refiere al delito de desacato, dictando sentencia de reemplazo. En lo demás se confirma. .... 213

**36. Acoge recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho contra sentencia que condena ha imputado por abuso sexual a menor de 14 años, por estimarse que los hechos imputados no satisfacen el tipo penal de abuso sexual, ya que tales actos no podrían ser calificados de significación y de relevancia. (CA Valdivia 23.11.2018 rol 38-2018) ..... 220**

**SINTESIS:** Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valdivia condena a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo a imputado por el delito de abuso sexual contra menor de catorce años. La defensa recurre de nulidad por errónea aplicación del derecho fundamentado en que los actos realizados por el imputado no satisfacen el tipo penal de abuso sexual, toda vez que estos habrían sido besos que no superan el parámetro de gravedad para entenderlos como actos de significación sexual relevante, habiendo ocurrido además en un espacio público en el que concurrían más personas. La Corte razona que los efectos que el hecho ha podido provocar en la denunciante o en sus padres no aparecen como determinantes para calificar la relevancia de la conducta, en atención a que la sensibilidad y subjetividad de cada persona es diferente, por lo que tampoco la existencia de afectación puede otorgar por sí sola carácter de punible a una acción carente de relevancia objetiva. Por lo que acoge el recurso y dicta sentencia de reemplazo. (Considerandos: 1; 2; 5; 6 y 7)..... 220

**37. Rechaza recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho interpuesto contra sentencia que condena a imputado por el delito de Hurto Simple, determinando la pena en consideración a la agravante de reincidencia específica por haber cometido el imputado anteriormente el delito de Robo con Intimidación. (CA Valdivia 06.12.2018 rol 167-2018) ..... 227**

**SINTESIS:** Juzgado de Garantía de Valdivia condena a imputado por el delito de Hurto Simple a la pena de trescientos un días de presidio menor en su grado mínimo, para cuya determinación se considera la agravante de reincidencia específica, por haber sido autor el imputado del delito de Robo con Intimidación. La defensa recurre de nulidad por errónea aplicación del derecho arguyendo no es procedente la circunstancia modificatoria, porque se trataría de delitos que no son de la misma especie, toda vez que el delito de robo con intimidación tiene pena de crimen mientras que el hurto corresponde a un simple delito, el bien jurídico entre uno y otro es diferente, así como el modo de comisión de ambos delitos. La Corte razona que no se ha incurrido en una errónea aplicación del derecho pues se trata de delitos de la misma especie, en atención a que afecta al menos a uno de los mismos bienes jurídicos protegidos, como lo es la propiedad. Por lo que rechaza el recurso con el voto en contra de la ministra Undurraga Jensen quien fue de la opinión de acoger el recurso sobre los argumentos de que la jurisprudencia sobre reincidencia específica tiene diversas teorías, que la forma de comisión del delito de hurto difiere totalmente del delito de robo con intimidación, que ante la diversidad de criterios que ha tenido la

jurisprudencia se debe estar al que permita una mayor concordancia con los principios de proporcionalidad e indubio pro reo que informan el derecho penal. (Considerandos: 2; 3; 4). 227

**38. Rechaza recurso de nulidad contra sentencia del Juzgado de Garantía de Los Lagos que condena a imputado por el delito de maltrato habitual; teniendo como medio de prueba declaración de funcionario policial incorporada en juicio como prueba documental sin observación a las hipótesis del art. 331 del Código Procesal Penal. (CA Valdivia 14.12.2018 rol 16-2018) 231**

**SINTESIS:** Juzgado de Garantía de Los Lagos condena a la pena de 61 día de presidio menor en su grado mínimo a imputado por el delito de Maltrato Habitual, teniendo por acreditados los hechos a través de la prueba documental aportada en juicio, en la que constó la declaración de un funcionario policial que fue incorporada durante el juicio oral. La defensa recurre de nulidad atacando la declaración incorporada toda vez que a su entender tal ejercicio probatorio no estaría autorizado bajo alguna de las hipótesis del artículo 331 del Código Procesal Penal; por lo que la sentencia carecería de fundamentación para acreditar los hechos que se tuvieron como probados. La corte estima rechazar el recurso señalando que la prueba documental fue múltiple otorgando certeza a los sentenciadores para condenar al imputado. (Considerandos: 1; 3; 4; 5; 7 y 8)..... 231

**39. Rechaza recurso de nulidad presentado por el Ministerio Público contra sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia por la que se absuelve a imputado por delito de tráfico ilícito de estupefacientes por no superar el estándar legal requerido al carecer de un análisis pericial del grado de pureza. (CA Valdivia 24.12.2018 rol 228-2018)..... 235**

**SINTESIS:** El Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valdivia absuelve a imputado por delito de tráfico ilícito de estupefacientes, bajo el argumento de que los hechos no permiten superar con el estándar legal requerido, de la duda razonable, al carecer de un análisis pericial porcentual del grado de pureza de la droga incautada. Ante esto el Ministerio Público recurre de nulidad por errónea aplicación del derecho, estimando que los sentenciadores infringieron el artículo 4 de la ley 20.000, toda vez que del texto se puede advertir que la pureza de la sustancia no es una exigencia de ese tipo penal ni tampoco indispensable para determinar la antijuridicidad de la conducta que describe, ya que basta para estar ante una sustancia prohibida que ésta provoque dependencia física o síquica, sea o no capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. La Corte rechaza el recurso por considerar que es indudable que las cantidades de droga incautada deben tener la aptitud de producir dependencia física o síquica, susceptibles de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud de las personas y ese hecho material debe ser fehacientemente establecido en el juicio con las respectivas pericias de los organismos competentes, siendo insuficiente para el efecto las puras apreciaciones o estimaciones de los declarantes. Por lo que se confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal del grado. (Considerandos: 1; 3; 5). ..... 235

**40. Rechaza recurso de nulidad interpuesto contra sentencia que condena a imputado por los delitos de abuso sexual de menor de catorce años y violación de menor de catorce años en grado de tentado. La defensa recurre de nulidad por el artículo 374 e y 373 b. (CA Valdivia 18.12.2018 rol 217-2018)..... 242**

**SINTEISIS:** El Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valdivia condena a imputado por los delitos de abuso sexual contra menor de catorce años y violación en grado de tentado, a las penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio respectivamente. Ante la sentencia la defensa recurre de nulidad por el artículo 374 letra e estimando que los sentenciadores infringen los principios de valoración de la prueba, por cuanto la sentencia ha declarado convicción de culpabilidad en base a la declaración de la víctima, calificando la misma como consistente, clara, precisa y dotada de coherencia interna y externa; en circunstancias que tales características no se verifican. Como causal subsidiaria se alega la errónea aplicación del derecho en relación a la calificación jurídica de uno de los hechos como delito de violación tentada, debiendo o pudiendo considerarse como un episodio más de abuso sexual. La corte rechaza el recurso de nulidad presentando en ambas causales, toda vez que estima por no justificado el reproche a la sentencia, ya que el relato de la víctima ha sido apoyado por otros medios de prueba que aportan a su verosimilitud, respecto a la segunda causal la Corte estima que dada la dinámica de los hechos es posible calificarlos como constitutivos del delito de violación, toda vez que el acusado puso su pene en la boca de la menor, elemento que necesariamente lo distingue de los otros episodios descritos por la víctima, siendo elemento típico del delito de violación el acceso carnal. Se confirme la sentencia de primera instancia concluyéndose que los sentenciadores no han incurrido en alguna de las causales de nulidad invocadas. (Considerandos: 2; 3; 4 y 5)..... 242

**41. Acoge recurso de nulidad contra sentencia que condena a imputado como autor del delito de abuso sexual contra menor de catorce años; sin que conste en juicio testimonio de la víctima o de personas de su círculo cercano, teniendo como suficiente la declaración de testigos de oídas. (CA Valdivia 27.12.2018 rol 175-2018) ..... 247**

**SINTEISIS:** Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valdivia condena a imputado por delito de abuso sexual de carácter reiterado contra menor de catorce años. La defensa recurre de nulidad por el artículo 374 letra e, en relación a los artículos 342 letra c y 297 todos del Código Procesal Penal; por falta de fundamentación de la sentencia y vulneración a las normas de la sana crítica, toda vez que se habría condenado al imputado en base a los hechos probados con declaraciones de testigos indirectos y peritos; sin prueba testimonial de la víctima producida en juicio, ni del entorno de ésta y con la existencia además de un informe de credibilidad negativo. La Corte estima que realizado un examen bajo el prisma de la sana crítica, que debe guiar la ponderación de los antecedentes probatorios, se puede concluir que ha existido vulneración a lo que dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal y que sin duda la niña presunta víctima ha sido vulnerada en sus derechos en forma grave y reiterada tal como se desprende de la pericia psicológica, pero resulta contrario a la lógica establecer la condena en torno a la mermada prueba y de baja calidad que los sentenciadores pudieron apreciar durante el juicio oral. Por lo que se acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa y en consecuencia se anula el fallo recurrido y se retrotrae la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral. (Considerandos: 1; 2; 5; 6; 7 y 8). ..... 247

**42. Acoge recurso de nulidad contra sentencia que condena a imputado por el delito de desacato, por haber infringido medida de protección consistente en prohibición de acercamiento. La defensa recurre de nulidad por errónea aplicación del derecho estimando que un mero incumplimiento no constituye desacato. (CA Valdivia 21.12.2018 rol 3097-2018) ..... 254**

**SINTESIS:** Juzgado de Garantía de Osorno condena a imputado por delito de desacato a cumplir la pena de quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo, por incumplir con la medida decretada en tribunal de familia, consistente en la prohibición del imputado de acercarse a sus hijos y a la madre de éstos; toda vez que habría hecho ingreso al domicilio de un conocido donde se encontraría la víctima, incumpliendo así con la medida decretada en su contra. La defensa recurre de nulidad por errónea aplicación del derecho, fundamentando el recurso en que la conducta descrita por el fallo del tribunal a quo no constituye el delito de desacato y de haberse interpretado correctamente el derecho se le habría absuelto de aquel ilícito, ya que se trataría de medidas cautelares tendientes a dar protección a niños, niñas o adolescentes que no surgen de una causa por violencia intrafamiliar, sino que de una por medida de protección, por lo que de este modo no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley de Tribunales de Familia, no siendo procedente enviar los antecedentes al Ministerio Público, pues el procedimiento de la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes tiene como única reglamentación al incumplimiento de medidas adoptadas el artículo 77 de la Ley de Tribunales de Familia, por lo que el tribunal puede sustituir la medida o bien decretar otra de apremio para instar al cumplimiento forzado de lo ordenado. La Corte estima que en la dictación de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho, particularmente en la interpretación de los artículos 71 y 77 de la ley 19.968, porque debieron aplicarse apremios ante el incumplimiento de la medida cautelar decretada en un procedimiento de medida de protección, antes de remitir los antecedentes al Ministerio Público para que investigue un delito de desacato. Más cuando el delito de desacato solo puede estar referido razonablemente a ciertas hipótesis calificadas de incumplimiento de resoluciones judiciales y en éste caso si bien existió un incumplimiento, ello no ha sido de una entidad tal que haya puesto en riesgo a la víctima protegida con la medida cautelar decretada. Por lo que se acoge el recurso de nulidad dictándose sentencia de reemplazo en la que se absuelve a J. V. C. como autor del delito de desacato. (Considerandos: 1; 3; 4; 5; 6 y 7). ..... 254

**43. Rechaza recurso de nulidad interpuesto contra sentencia que condena a imputado como autor del delito de amenazas no condicionales, rechazando ambas causales invocadas, estima que las amenazas han sido serias, al contrario de lo sostenido por la defensa, además señala que única declaración en juicio es suficiente para armar convicción. (CA Valdivia 14.12.2018 rol 278-2018)**

**259**

**SINTESIS:** Juzgado de Garantía de la Unión condena a imputado por delito de amenazas no condicionales a la pena de 70 de presidio menor en su grado mínimo. En contra de la sentencia la defensa recurre de nulidad por errónea aplicación del derecho y en subsidio por falta de fundamentación en la sentencia; fundamenta la primera causal en la falta de seriedad de los dichos de su representados, toda vez que estos tendrían el carácter de “broma” no cumpliendo con los requerimientos del tipo penal de amenazas propiamente tal, pues no existiría ningún elemento que demuestre la intención de su representado a causar daño a la víctima. En subsidio invoca el motivo absoluto de nulidad contemplado en el artículo 374 letra e) al considerar que la prueba resultó insuficiente para establecer la responsabilidad del sentenciado en cuanto a que los dichos del indicado sean constitutivos del delito que se atribuye. La Corte considera que el sentenciador de la instancia dejó claro el carácter de las amenazas, siendo estas amenazas de muerte proferidas hacia la víctima, hecho que constituye delito en los términos del artículo 390 del Código Penal o en su defecto del artículo 391 del mismo cuerpo legal, correspondiéndole al

sentenciador del grado determinar si el ultimátum reviste caracteres de seriedad. Verificándose las condiciones típicas de la norma prohibitiva infringida no aparece que el sentenciador haya incurrido en un error al calificar los hechos. Respecto a la causal subsidiaria la Corte estima como suficiente la prueba aportada en juicio para armar convicción. Se rechaza el recurso de nulidad y se confirma la sentencia del tribunal a quo. (Considerandos: 1, 2; 4; 5 y 7). ..... 259

**44. Rechaza recurso de hecho presentado por la querellante contra resolución que deniega la concesión de un recurso de apelación interpuesto en oposición a la modificación de la medida cautelar de prisión preventiva, por no haber interpuesto en audiencia. (CA Valdivia 22.12.2018 rol 406-2018)..... 262**

**SINTESIS:** Juzgado de Garantía de Río Negro revoca medida cautelar de prisión preventiva a imputado imponiendo la de arresto domiciliario total. Ante esto la parte querellante interpone recurso de apelación por escrito y en instancia posterior a la audiencia en la que se modifica la cautelar, solicitando se declare admisible el recurso y se acoja la vista de la causa. El Juzgado resuelve rechazar la apelación por estimarlo improcedente, toda vez que a la resolución que modifica la medida cautelar le precedió debate, no siendo interpuesto en la misma en contravención a lo establecido en el artículo 149 del Código Procesal Penal. La querellante recurre de hecho contra la resolución que denegó la concesión del recurso de apelación. La Corte estima que la controversia radica en la oportunidad en que fue presentada la apelación; la que no se presentó de forma ajustada a lo dispuesto en el artículo 149, más cuando uno de los delitos formalizados se trata de aquellos establecidos en el inciso segundo del artículo citado, por lo que considera que el tribunal ha resuelto correctamente al rechazar un recurso presentado fuera de la oportunidad procesal correspondiente, por tanto, se rechaza el recurso de hecho interpuesto por la querellante..... 262

<b>INDICES .....</b>	<b>265</b>
Tema           Ubicación.....	265
Descriptor    Ubicación.....	267
Norma        Ubicación .....	270
<b>Delito           Ubicación .....</b>	<b>274</b>
Defensor     Ubicación.....	275
Magistrado   Ubicación .....	276
<b>Sentencia       Ubicación .....</b>	<b>278</b>

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia  
**Rit:** 34-2018

**Ruc:** 1700447951-3

**Delito:** Robo con Intimidación

**Defensor:** Mauricio Obreque Pardo

**1.-Rechaza Recurso de Nulidad presentado por la Defensoría, estima que son delitos de la misma especie, los delitos de Hurto y Robo con Intimidación, al vulnerar ambos delitos un mismo bien jurídico protegido, consecuentemente es aplicable la agravante del art.12 N°16 del CP.(CA Valdivia 04.07.2018 rol 34-2018)**

**Normas asociadas:** CP art.436.1; CP art.439; CP art.432; CP art.12 N°16.

**Tema:** Recurso; Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal; Delitos contra la propiedad

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Hurto; Robo con intimidación; Reincidencia; Delitos de la misma especie; Delito consumado

**Magistrados:** Juan Ignacio Correa Rosado; Marcia del Carmen Undurraga Jensen; Juan Carlos Vidal Etcheverry

SINTESIS: El fundamento del recurso se remite a lo razonado por el Tribunal en relación a la concurrencia de la agravante del art. 12 N° 16. Primero se acredita el delito de Robo con Intimidación y concurre una condena anterior del sentenciado por el delito de Hurto cometido el año anterior. El Tribunal ha estimado que por una parte la expresión “delito” es amplia, y en relación con la reincidencia, en el caso del Hurto y del Robo se trata de delitos de la misma especie, por tratarse de hechos que afectan en ambos casos la propiedad. Respecto al concepto “especie” se remite al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en donde se concibe como: “Conjunto de cosas semejantes entre si por tener uno o varios caracteres comunes”. Argumenta que a pesar que en el delito de robo con intimidación hay otros bienes jurídicos protegidos que se lesionaron por la conducta del autor, aparte del de propiedad, que es común al Hurto, sin embargo estamos frente al menos a un carácter común. Además cita al jurista Alfredo Etcheverry, quién al efecto estima que: “se entienden por delitos de la misma especie los que están sancionados en el mismo título del Código Penal”. El Título IX del Código Penal, establece los delitos cometidos en contra de la propiedad. (Considerando cuarto)

**Texto Íntegro:**

Valdivia, cuatro de julio del dos mil dieciocho.

**VISTOS:**

Comparece en causa RIT 34-2018 del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, el apoderado del condenado E.R.E.U, quien interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia de

fecha 12 de Mayo del 2018, pronunciada por los Sres. Magistrados de la Segunda Sala de ese Tribunal, quienes resolvieron condenar a su representado a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y accesorias, en su calidad de autor según el artículo 15 N° 1° del Código Penal, del delito consumado de robo con intimidación en la persona de E.A.C.V, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° y 439 en relación con el artículo 432, todos los Código Penal, hecho cometido el 14 de Mayo de 2017, aproximadamente a las 08:20, en la ciudad de Valdivia. Invoca para recurrir la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por estimar que en el pronunciamiento de la sentencia se hizo una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación con la agravante del artículo 12 N° 16 y artículo 449 N° 2 del Código Penal. Se refiere en primer lugar a los antecedentes de hecho que tuvo por acreditado el Tribunal, relacionado con la intimidación mediante el uso de un cuchillo en que incurrió su representado y el otro autor, y la sustracción de dinero más especies que la víctima portaba en el taxi que conducía, en el cual se produjo el delito materia de la investigación. Refiriéndose a los fundamentos del recurso, se remite a lo razonado por el tribunal en relación a la agravante ya indicada, por una condena anterior del sentenciado por el delito de Hurto cometido el año 2017 y analiza el sentido y alcance del concepto reincidencia en relación con la doctrina, estimado el recurrente que anteriormente fue condenado por Hurto y ahora por Robo con intimidación, en el cual se afecta también otros bienes jurídicos protegidos y que los califica de diferente identidad, por lo cual no estamos frente a hechos de la misma especie en cuanto a los bienes jurídicos que se protegen. Agrega que en Hurto se protege exclusivamente la propiedad y el robo con intimidación además la seguridad individual e integridad personal. Suma a lo anterior las circunstancias de comisión que en ambos delitos son distintos, estimando además que el tribunal se equivocó al utilizar como analogía integradora la hipótesis del artículo 351 del Código Penal, pues utiliza una norma destinada a la determinación de la pena en caso de reiteración de delitos, confundiendo esta institución con la reincidencia. Concluye su recurso solicitando se eleve la causa ante esta corte a objeto declare que la sentencia incurrió en errónea aplicación del derecho y que no concurre la circunstancia agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal y se condene en definitiva a su representado la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo más accesorias.

#### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, la sentencia recurrida condenó al acusado E.R.E.U, a la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio más accesorias, como autor del delito consumado de robo con intimidación de especies de su propiedad en la persona de Edgard Antonio Catalán Vargas, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° y 439 en relación con el artículo 432 todos del Código Penal, cometido el 14 de Mayo de 2017. Fue condenado también por el mismo hecho C.A.P.G, a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, mas accesorias.

**SEGUNDO:** Que el recurrente invocó para recurrir la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por estimar que en el pronunciamiento del fallo se incurrió en una errónea aplicación del derecho. No cuestionó los hechos ni que su representado haya sido condenado como autor del delito de robo con intimidación, sino solamente que se haya considerado la circunstancia agravante el artículo 12 N° 16 del Código Penal, por “haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie” El recurrente estima que en este caso no se está frente a un delito de la misma especie y consecuentemente, no hay reincidencia, por cuanto los intereses jurídicos protegidos son diferentes.

**TERCERO:** Que, la sentencia recurrida en el considerando duodécimo analizó las circunstancias modificatorias de responsabilidad, remitiéndose al extracto de filiación y antecedentes de E.U, que da cuenta que fue condenado en causa RIT N° 4080 del Juzgado de Garantía de Valdivia con fecha 30 de Enero de 2017, a la pena de 61 días de presidio menor en su gado mínimo y accesorias, acogiendo el Tribunal por mayoría la tesis de tratarse de delitos de la misma especie, por afectar el mismo bien jurídico protegido por la legislación, según definición del artículo 432 de Código Penal. En el considerando décimo tercero numeral cuarto, la sentencia estimó que respecto del acusado y por concurrir la referida agravante de responsabilidad del artículo 12 N° 16 del Código Penal, concluyó imponer la pena de presidio mayor en su grado medio, por aplicación de la misma norma del artículo 449 del Código Penal.

**CUARTO:** Que, al efecto y de acuerdo con lo que se ha resuelto en causas anteriores, en las cuales se ha discutido la misma causal del recurso en relación con esta circunstancia agravante, se ha estimado por una parte la expresión “delito” es amplia, y en relación con la reincidencia, en el caso del Hurto y del Robo, por tratarse de hechos que afectan en ambos casos la propiedad, son de la misma especie. Con respecto al concepto “especie” y para comprender su sentido y remitiéndonos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la primera acepción de esta palabra se concibe como: “Conjunto de cosas semejantes entre sí por tener uno o varios caracteres comunes”. Esta conceptualización de la palabra “especie” en análisis, desvirtúa la argumentación del recurrente, quién pretende rebatir lo razonado por el sentenciador, argumentando que en el presente delito de robo con intimidación hubo otros bienes jurídicos protegidos que se lesionaron por la conducta del autor, aparte del de propiedad, que es común al Hurto. En este caso concretamente, estamos frente al menos a un carácter común. En causa Rol 466-2017 de esta Corte y ante la misma causal invocada en relación con los bienes jurídicos protegidos en el cual uno de ellos es la propiedad, se recurrió a la doctrina, citándose al jurista Alfredo Etcheverry, quién al efecto estima que: “se entienden por delitos de la misma especie los que están sancionados en el mismo título del Código Penal”. El Título IX del Código Penal, establece los delitos cometidos en contra de la propiedad.

**QUINTO:** Que, en consecuencia y conforme lo razonado precedentemente, la sentencia recurrida no incurrió en una errónea aplicación del derecho al determinar en la pena aplicada acusado E.R.E.U, que debía considerarse la circunstancia agravante de responsabilidad contenida en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, al haber sido condenado anteriormente por el delito de Hurto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4312 del Código Penal. Por éstas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 372 y 384 del Código Procesal Penal, se declara que se **RECHAZA** el Recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado E.R.E.U, en contra de la sentencia de autos, de fecha 12 de Mayo del 2018, dictada por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia.

Regístrese y comuníquese.

**Rol 341 – 2018 PEN.**

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia

**Rit:** 10-2018

**Ruc:** 1700676686-2

**Delito:** Desacato

**Defensor:**

**2.- Ministerio Público recurre de Nulidad contra la sentencia definitiva que absuelve al imputado por el delito de desacato en contexto de VIF. Se rechaza el recurso estimando que no concurre la faz subjetiva del tipo penal, los hechos no revelan un ánimo de incumplimiento desafiante de la resolución judicial. (CA Valdivia 12.07.2018 rol 10-2018)**

**Norma asociada:** L20066 art.10; L20066 art.18; CPC art.240

**Tema:** Recurso; Imputación.

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Violencia intrafamiliar; Desacato; Consentimiento; Imputación objetiva; Imputación subjetiva

**Magistrados:** Juan Ignacio Correa Rosado; Marcia del Carmen Undurraga Jensen; Ricardo Adolfo Hernandez Medina

SINTESIS: Recurso de Nulidad interpuesto por el Ministerio Público, contra la sentencia definitiva que absuelve al imputado por el delito de desacato en contexto de VIF. Recurso rechazado por la CA Valdivia, señalando que: "(...) los hechos establecidos en la sentencia recurrida, no revelan por parte del imputado haya existido un ánimo de incumplimiento contumaz y desafiante de la orden o resolución judicial, ya que ingresó al hogar común con el explícito consentimiento de la víctima". Se trataba de una acción permanente y consentida, la Corte estima que esto implica la ausencia de dolo de transgredir la orden judicial, al no constar de modo alguno que tuviere real conciencia de su ilicitud, no siendo irrelevante que en ese escenario estimara o instuyera que se había producido una suerte de perdón de la ofendida al no existir constancia de reproche alguno. Además la Corte reitera su criterio para entender que se configura el delito de desacato, señalando que no basta un mero incumplimiento de la resolución judicial, sino que debe existir una actitud contumaz y desafiante por parte del agente hacia las decisiones judiciales dirigida a violentar la acción de la justicia, criterio que ha permitido absolver al acusado por el delito de desacato cuando incumple la obligación de acercarse a la víctima para retirar sus objetos personales del hogar común; o cuando con consentimiento de la víctima ingresa al hogar común para reanudar la relación de pareja.

**Texto Íntegro:**

Valdivia, doce de julio de dos mil dieciocho.

**Vistos:**

Don J.C.C, Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Valdivia, en causa Rol Único de Causa N° 1700676686-2, RIT N° 10-2018 recurre de nulidad contra la sentencia definitiva de fecha 18 de mayo de 2018, solo en cuanto absolvió al acusado M.A.F.T, del delito de desacato, que habría sido cometido el 23 de julio de 2017, cerca de 04:30 horas, y contenido en el Hecho N° 1 de la acusación, en grado de desarrollo de consumado, y en el cual le habría correspondido participación en calidad de autor. Señala que invoca la causal prevista en el artículo 383 letra b) del Código Procesal Penal, que reza: “Procederá la declaración de nulidad del Juicio Oral y de la sentencia: b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.” Señala que las normas legales infringidas por el Tribunal fueron las de los artículos 10 y 18 de la Ley N° 20066, en relación al artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. Enseguida desarrolla el error de derecho, señalando que a pesar que el Ministerio Público hizo presente en el juicio oral que se habían acreditado todos los elementos del tipo penal de desacato, el tribunal absolvió por dicho ilícito, por estimar que no concurría el dolo de quebrantar la resolución. Reproduce el considerando décimo de la sentencia. Enseguida transcribe el considerando décimo tercero, en el que se expresan las razones para desechar el delito de desacato. Expone de los antecedentes transcritos, se aprecia que el tribunal dio por acreditados todos los elementos objetivos del tipo penal de desacato, pero estima que no concurre la faz subjetiva, que traduce en la supuesta ausencia de dolo de quebrantar, es decir, que el acusado haya tenido la intención de no dar cumplimiento a la resolución del Juzgado de Garantía de Quellón, en circunstancias que este delito no requiere de tal ánimo o intención, siendo suficiente para su configuración el conocer y querer la realización del hecho típico. El que el Tribunal haga exigible, para la configuración del delito, dicha posición subjetiva adicional implica agregar un elemento no considerado en el tipo penal. Cita diversas sentencias de la Excm. Corte Suprema, de la I. Corte de Apelaciones de Rancagua y de Talca. Expresa que en la especie, y en relación a lo señalado por la jurisprudencia indicada, era procedente que el acusado fuera condenado por el delito desacato, pues no era necesario que éste tuviera la intención de quebrantar la resolución, bastando a su respecto tener conocimiento de la prohibición judicial, y que haya tenido la voluntad de realizar la conducta prohibida, estimándose que se dan ambos elementos, ya que a pesar de que estaba al tanto de la obligación de abandonar el hogar común, y de no acercarse a la víctima, el acusado no realizó ni lo uno ni lo otro, ya que continuó conviviendo con la víctima, es decir, siguió viviendo en el mismo domicilio de esta, lo que implica como consecuencia necesariamente un acercamiento a la víctima. Expone que la obligación de abandonar el hogar común decía relación con el inmueble ubicado en Quellón, a pesar de ello, el propio acusado declaró que luego de la sentencia, vivió dos años junto a la víctima en dicha ciudad, asimismo, indicó que “en Valdivia vivían en calle Francisco Godoy N°1885, hace como un año”, todo ello a pesar que estaba al tanto que debía acercarse a la víctima, demostrando de esta forma un total desprecio por la resolución judicial, configurándose de ésta forma el dolo requerido para esta figura, que en opinión del Ministerio Público y de la jurisprudencia mayoritaria, no implica intención de quebrantar lo resuelto, sino la simple voluntad de realizar la conducta prohibida, y la conducta que le estaba vedada era continuar viviendo en el mismo domicilio de la víctima, y acercarse a ésta, no obstante a ello, a través de un acto voluntario de su parte, no dio cumplimiento a tales obligaciones u prohibiciones, al continuar la convivencia con la víctima, tanto en Quellón, como en Valdivia. Explica que, por otra parte, dejando de lado la obligación de abandonar el hogar común, y manteniendo en consideración solo la prohibición de acercarse a la víctima, no cabe duda que el acusado incumplió tal prohibición, ya que al agredir a su conviviente con una bota en la cabeza, implica incuestionablemente que el acusado tuvo que acercarse a la víctima para realizar tal acción, lo cual efectuó en forma voluntaria, sin que se observe que en relación a tal acercamiento concurre alguna

causal de justificación. El razonamiento empleado por el tribunal para absolver por el delito de desacato, consistente en que al ser consentida la convivencia por parte de la acusada, lo que produciría en el acusado la falta de intención de quebrantar lo ordenado, lleva a un absurdo jurídico, pues quien continúa conviviendo con la víctima, a pesar que el tribunal lo obligó a abandonar el hogar común y le prohibió acercarse a ella, realizaría una conducta de una menor antijuridicidad que a aquel que en episodios aislados y breves en el tiempo de acerca a la víctima, no obstante que ello le estaba vedado. Es decir, resulta más beneficioso por un agresor VIF, mantenerse en convivencia con la víctima, que dar cumplimiento a su obligación de abandonar el hogar común, y posteriormente acercarse a esta en un episodio único, aislado y breve en el tiempo. De esta forma, quien se mantiene viviendo con la víctima, lo que implica *per se* acercarse a ella, no cometería delito, pero si incurriría en ilícito, quien en un acto aislado de aproxima a su conviviente. En relación con lo antes razonado, señala que quien permanece en convivencia con su conviviente, no obstante de habersele dispuesto abandonar el domicilio y prohibición de acercamiento, genera un estado de antijuridicidad permanente, y de mayor peligrosidad para la víctima, ya que hay mayor accesibilidad y posibilidad de realizar nuevos actos de violencia intrafamiliar. Luego se refiere al fallo recurrido en cuanto indica que hay una víctima que consentía habitualmente que el imputado se acercara a ella, aún más, ambos continuaron su relación de convivencia como si nada hubiera ocurrido y únicamente se dio cuenta de este hecho cuando se produjo un nuevo episodio de violencia entre ambos, dando a entender, que el acusado no habría dado cumplimiento a la resolución judicial, por la conducta de la víctima al no oponerse a la mantención de la vida en común, olvidando que es habitual que las víctimas VIF adoptan esta postura, pues se encuentran sometidas a la voluntad del agresor, y por temor a nuevos episodios de esta índole acceden a los requerimientos de este, por lo que el consentimiento a continuar viviendo juntos, normalmente se encuentra viciado. Señala que la prohibición no pesaba para la víctima, sino que para el

acusado; en ese sentido el mecanismo de Seguimiento de la Convención De Belém Do Pará, al desarrollar el contenido de la obligación del Estado, establecido en la letra d) del artículo 7 de la Convención, establece que las medidas jurídicas que deben adoptarse “están dirigidas al agresor y su objetivo es evitar que continúe ejerciendo violencia contra las mujeres. Se trata de medidas jurídicas que deben ser dictadas u ordenadas por autoridades estatales bajo parámetros legalmente establecidos centradas en modificar la conducta del agresor a efecto de que se abstenga de cualquier conducta que pudiere resultar ofensiva para la víctima y su familia. Tienen por finalidad proteger a la víctima de más agresiones”. En otro aspecto señala, que si bien el tribunal no lo señala en forma expresa, esboza un posible error de prohibición, fundado precisamente en la actitud de la víctima, en orden a continuar la vida en común, “como si nada hubiera ocurrido y únicamente se dio cuenta de este hecho (prohibición de acercamiento) cuando se produjo un nuevo episodio de violencia entre ambos”, y en el fallo que cita para fundar la absolución por el delito de desacato. En cuanto a la existencia de error de prohibición, estima importante destacar el carácter excepcional de este instituto, siendo insuficiente la afirmación general de su procedencia, toda vez que es necesario probar que concurre en el caso específico.

Se debe tener presente que la conciencia de la ilicitud requiere el conocimiento del carácter prohibido (ilícito) de la conducta, no siendo necesario conocer, además, que los hechos están sancionados con una pena de naturaleza penal.

Declaraciones del acusado en que señale que sí conocía la prohibición, pero que no se representó que su incumplimiento fuera tan grave (vale decir, que traía aparejado una sanción penal), excluyen la concurrencia de error de prohibición. Señala jurisprudencia sobre esa materia. En cuanto a la influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, señala que

la errónea aplicación de los artículos 259 del Código Procesal Penal, 10 y 18 de la Ley N° 20.066, y 240 del Código de Procedimiento Civil, influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues la correcta interpretación de las normas referidas hubiera llevado a dictar sentencia condenatoria respecto del acusado, por su participación en calidad de autor del delito de desacato cometido el día 23 de julio de 2017, alrededor de las 04:30 horas. Se refiere enseguida a la procedencia del recurso, señalando que de conformidad al artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, es procedente cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho, que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, según ya se ha reseñado. Por otra parte, de acuerdo al artículo 377 inciso 2 del Código Procesal Penal, este recurso no requiere preparación previa, por haber tenido lugar el vicio o defecto en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se trata de anular. Pide se acoja el recurso, se invalide la sentencia y ordene la realización de un nuevo Juicio Oral por un tribunal no inhabilitado al efecto. En la audiencia llevada a efecto ante esta Corte el veintidós de junio de dos mil dieciocho para conocer del recurso, los intervinientes, el abogado recurrente por el Ministerio Público y el abogado don Mauricio Obreque Pardo por la defensa del imputado, expusieron sus argumentos: la Fiscalía reiteró su solicitud de nulidad y sus fundamentos, y la Defensa solicitó su rechazo.

#### **OIDOS LOS INTERVINIENTES Y TENIENDO ADEMÁS PRESENTE:**

**PRIMERO:** Que el Ministerio Público ha pedido la invalidación de la sentencia invocando la causal establecida en el artículo 383 letra b) del Código Procesal Penal. Sin embargo, en esa disposición la causal invocada no existe, de manera que por su texto literal, que el recurrente transcribe, debe entenderse referida al artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, por estimar que en el pronunciamiento de la sentencia, los sentenciadores hicieron una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo. El recurrente denuncia infracción a los artículos 10 y 18 de la Ley N° 20.066, en relación con el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

**SEGUNDO:** Que ante el recurso de nulidad del Ministerio Público denunciando una errónea aplicación de las disposiciones legales citadas, deben ser éstas reproducidas a objeto de fijar definitivamente su sentido y alcance y dirimir sobre la errónea aplicación del derecho que se denuncia. El artículo 10 de la Ley N° 20.066 que establece Ley de Violencia Intrafamiliar, dispone que *“en caso de incumplimiento de las medidas cautelares o accesorias decretadas, con excepción de aquella prevista en la letra d) del artículo 9°, el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de imponer al infractor, como medida de apremio, arresto hasta por quince días. La policía deberá detener a quien sea sorprendido en quebrantamiento flagrante de las medidas mencionadas en el inciso precedente.”* Por su parte, el artículo 18 del mismo cuerpo normativo, señala que *“en caso de incumplimiento de las medidas a que se refieren los artículos 15, 16 y 17, se aplicará lo dispuesto en el artículo 10.”* Además, el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, dispone que *“cumplida una resolución, el tribunal tendrá facultad para decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado. El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo.”*

**TERCERO:** Que en el considerando décimo de la sentencia impugnada, se estableció que *“en Valdivia, el día 23 de julio de 2017, alrededor de las 04:30 horas, en el domicilio ubicado*

en calle Francisco Godoy N°1xxx, el acusado M.A.F.T, mientras se encontraba compartiendo junto a su conviviente y madre de sus dos hijos, doña C.A.M.Q, éste se ofuscó por motivos de celos, y amenazó a la víctima de forma grave, seria y verosímil, diciéndole *“maraca culia, andai hueveando, te voy a matar”* amenazándola además con una botella de vidrio, luego tomó una bota de goma con la cual la golpeó en reiteradas ocasiones en su cabeza, impidiéndole que saliera del inmueble en busca de ayuda, y siendo las 08:00 horas la víctima logró huir del inmueble para efectuar la denuncia respectiva. Producto de la agresión la víctima resultó con herida erosiva en cuero cabelludo, lesiones de carácter leve. Lo anterior a pesar de que el Juzgado de Garantía de Quellón, con fecha 21 de junio de 2017, en causa RIT 1264-2015, resolvió condenar al acusado, entre otras, a la pena accesoria del artículo 9 letra b) de la ley 20.066, respecto de la víctima doña Carola Andrea Millaquipai Quinchagual, por el plazo de un año, esto es, prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio. Resolución que le fue notificada personalmente al imputado en audiencia de misma fecha.”

**CUARTO:** Que el motivo de nulidad de la sentencia invocado por el recurrente, lo funda en la errónea aplicación del derecho invocado, que provocó la absolución del acusado por el delito de desacato.

**QUINTO:** Que los hechos establecidos en la sentencia recurrida, que deben ser reputados inmóviles, no revelan que por parte del imputado haya existido un ánimo de incumplimiento contumaz y desafiante de la orden o resolución judicial, ya que ingresó al hogar común con el explícito consentimiento de la víctima quien, como señala la sentencia impugnada en su considerando décimo tercero, consentía habitualmente en los acercamientos del imputado, continuando regularmente su relación de pareja. Esa acción permanente y consentida, deja en evidencia la ausencia de un dolo de transgredir la orden judicial, al no constar de modo alguno que tuviere real conciencia de su ilicitud, no siendo irrelevante que en ese escenario estimara o intuyera que se había producido una suerte de perdón de la ofendida al no existir constancia de reproche alguno que se le hubiere formulado, entendiéndose autorizado para ingresar a la vivienda.

**SEXTO:** Que, como se ha resuelto antes por esta Corte, para configurar el delito de desacato no basta un mero incumplimiento de la orden o resolución judicial, sino que debe ser resultado de una actitud contumaz y desafiante por parte del agente hacia las decisiones judiciales dirigida a violentar la acción de la Justicia, criterio que ha permitido absolver al acusado por el delito de desacato cuando incumple la obligación de acercarse a la víctima para retirar sus objetos personales del hogar común; o cuando con consentimiento de la víctima ingresa al hogar común para reanudar la relación de pareja.

En este sentido, generalmente en las acusaciones por desacato en ámbito de la violencia intrafamiliar, no se advierte en la acción desplegada por el sujeto activo, la existencia de un actuar desafiante en contra las decisiones judiciales con un afán de incumplirlas, sino más bien una mera desobediencia, para cuyo incumplimiento existen mecanismos procesales y de apremios que tienden a sancionar tal circunstancia, resultando ser alternativas más proporcionales y apropiadas a la eventual contravención del acusado, como mecanismo dirigido a compelerlo a cumplir o castigar el simple incumplimiento en

Que pudo haber incurrido. Una interpretación distinta importaría transgredir el principio básico y elemental que inspira el derecho penal por cuanto el procedimiento de contención o represión de infracciones debe ser el primer dispositivo para superarlas, de Manera que por su relevancia o trascendencia, la sanción penal debe necesariamente operar como medida de último recurso.

**SEPTIMO:** Que de los hechos establecidos por la sentencia recurrida no se desprende que se hubiera incurrido en el vicio denunciado por el recurso. En consecuencia, la sentencia en contra de la cual se recurre se ha dictado en conformidad a la ley, por lo que no existe error de derecho susceptible de ser atacado por este recurso de nulidad. Y, vistos, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se **RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia dictada el 18 de mayo de 2018, por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, la que en consecuencia, no es nula. **Rol 367 – 2018 PEN.**

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia

**Rit:** 55-2018

**Ruc:** 1601086664-6

**Delito:** Robo con fuerza en lugar habitado

**Defensor:** Pamela Gonzáles Vásquez

**3.- Rechaza Recurso de Nulidad, estima aplicable en los delitos contra la propiedad la aplicación conjunta de los art.449 y 450 del CP.Hay un voto disidente, fundamentado en el principio de interpretación restrictiva de las normas penales. (CA Valdivia 06.07.2018 rol 55-2018)**

**Normas asociadas:** CP art.449; CP art.450; CP art.50; CP art.51; CP art.52; CP art.67; CP art.68; CP art.69.

**Tema:** Recursos; Delitos contra la propiedad; Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Errónea aplicación del derecho; Robo con fuerza en las cosas.

**Magistrados:** Mario Julio Kompatzki Contreras; Claudio Roberto Novoa Araya; María Soledad Piñeiro Fuenzalida.

SINTESIS: La sentencia recurrida condena como autor de delito tentado de robo con fuerza en lugar habitado, a la pena de presidio mayor en su grado mínimo. En la especie, la defensa fundamenta el recurso de nulidad alegando una errónea aplicación del derecho toda vez que el Tribunal aplica conjuntamente los art.449 y art.450 del CP agravando la pena del condenado, no siendo aplicable el art.449, puesto que esta última norma se refiere a delitos en grado de consumado, principio que reafirma el artículo 50 del Código Penal. Además señala que por tratarse de normativa posterior a la del artículo 450 del Código Penal, no podría aplicarse la Ley 20.931, denominada “de agenda corta”, a los delitos contra la propiedad en grado de tentativa, como es el caso de autos. La Corte rechaza el recurso arguyendo que la modificación introducida por la Ley 20.931 no hace distinción alguna respecto de la aplicabilidad del art.450 del CP, vigente a la época y en consideración a la historia fidedigna de la Ley 20.931 que es agravar el trato penal a quienes reincidan en delitos contra la propiedad, en consecuencia, de ningún modo aparece como incongruente a dicha finalidad la aplicación conjunta de los artículos 449 y 450 del Código Penal. Sin embargo hay un voto en contra, que argumenta que las normas del derecho penal han de ser interpretadas a favor del condenado, por lo tanto estas áreas del derecho son de aplicación excepcional y restrictiva. No obstante, las modificaciones legales deben ser interpretadas armónicamente de modo que tengan –al menos- una forma de aplicación, por lo tanto se debe armonizar la aplicación de los art.450 y el recientemente modificado art.449 del CP. Es posible mantener la vigencia de ambas normas, permitiendo una aplicación más favorable al justiciable, recogiendo el principio de interpretación restrictiva de las normas penales. Cuando el ilícito se ha desarrollado en forma imperfecta la base de la sanción ha de ser la del delito consumado, pero luego han de aplicarse las reglas generales de los artículos 50 a 52 y 67 a 69, todos del Código Penal. En ese sentido el artículo 450 tiene plena aplicación. Cuando el delito se ejecuta en grado consumado, ha de recurrirse a las reglas

del artículo 449 del Código Penal, desde que conforme lo indica el artículo 50 del mismo texto legal, las normas fijan penas para los delitos consumados. Desde esa perspectiva, esta nueva regla resulta plenamente aplicable. Resolver de ese modo permite la vigencia de ambas normas, así como la sustentabilidad de los principios de proporcionalidad de las penas y de interpretación restrictiva y más favorable al condenado.

### **Texto Íntegro:**

Valdivia, seis de julio de dos mil dieciocho.

#### **VISTOS:**

En fecha veintisiete de junio de dos mil dieciocho, se llevó a efecto audiencia para conocer de recurso de nulidad interpuesto por doña Pamela González Vásquez, abogada defensora penal pública licitada, en contra de la sentencia de fecha veintiocho de mayo de dos mil dieciocho, dictada en autos RIT 55-2018 y RUC 1601086664-6 del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, en Primera Sala, integrada por don Ricardo Aravena Durán, doña Alicia Faúndez Valenzuela, jueces titulares, y por don Daniel Mercado Rilling, Juez Destinado. La sentencia recurrida condenó a don Julio Abraham Arce, como autor de delito tentado de robo con fuerza en lugar habitado, a la pena de siete años y ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo, accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, así como al pago de las costas del procedimiento.

En la audiencia comparecen y alegan por la defensa recurrente el abogado don Mauricio Obreque Pardo, y por el Ministerio Público lo hace la abogada doña Deborah Maldonado Acosta. El abogado don Mauricio Obreque Pardo solicita se declare nulidad de la sentencia recurrida, fundado en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación con artículos 7, 52, 67, 449 y 450 del Código Penal. El Considerando Decimosexto de la sentencia recurrida expresa el razonamiento del Tribunal para la aplicación de la pena, incurriendo en errónea aplicación de lo dispuesto en artículos 449 y 450 del Código Penal. En efecto, el delito por el cual se ha condenado en autos se halla en grado de tentado, y por ello no le resulta aplicable el artículo 449 ya citado, puesto que esta última norma se refiere a delitos en grado de consumado, principio que reafirma el artículo 50 del Código Penal: *“A los autores de delito se aplicará la pena que para éste se hallare señalada en la ley. Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado.”* Por su parte, el artículo 449, en su actual redacción, crea un nuevo marco normativo para la determinación de la pena a los autores de delitos contra la propiedad, impidiendo al juez aplicar las reglas de artículos 65 a 69 del Código Penal. Esta nueva regulación, por su especialidad, debe entenderse no aplicable ni acumulable a las reglas de determinación de pena que existían antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.931 (“agenda corta”). De no ser así, la aplicación conjunta de artículos 449 y 450 del Código Penal lleva a la aplicación de penas desproporcionadas, y afecta la labor judicial, al punto de constituir una infracción al principio de separación de los poderes del Estado. En cuanto al perjuicio que causa esta errada aplicación del derecho al caso concreto, ello consiste en que se ha condenado al imputado a una pena de siete años y ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo, siendo que de haberse aplicado correctamente el derecho, debió condenarse a presidio menor en grado mínimo, atento lo dispuesto en artículos 7 y 52 del Código Penal.

Error que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, atendida la cuantía de la pena regulada. Pide se anule la sentencia recurrida y se dicte la correspondiente de

reemplazo, que aplique en forma correcta lo establecido en artículos 7, 52 y 67 del Código Penal.

El Ministerio Público insta por el rechazo del recurso de nulidad, señalando que la sentencia de autos aplica correctamente las reglas para determinación de la pena, en consideración a lo dispuesto en artículo 440 número 1°, y artículo 450 del Código Penal. Considerando además la concurrencia de agravante del numeral 16 del artículo 12 del Código Penal, por lo que se aplica el numeral 2° del artículo 449 del mismo cuerpo legal. La tesis de la defensa carece de fundamento normativo, y la jurisprudencia ya se ha pronunciado de manera uniforme por la plena vigencia del artículo 450 del Código Penal, en relación con el numeral 2° del artículo 449.

#### **OIDOS LOS INTERVINIENTES, Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que la causal de nulidad invocada por la defensa es la errónea aplicación del derecho, establecida en letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal: *“Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”*. En dicho contexto, el objeto del recurso no busca cuestionar ni controvertir los hechos que se han tenido por acreditados, sino la calificación que la sentencia realiza de tales actos, sea atribuyéndoles carácter de determinadas conductas típicas sancionables; sea para determinar la participación de los intervinientes; sea para determinar las penas aplicables a tales conductas y a cada interviniente en particular. Debe tratarse, en consecuencia, de un error que infrinja o desvirtúe el sentido de la norma aplicable, error que además debe influir sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al punto de que la supresión del error provoque una decisión diversa a la declarada.

**SEGUNDO:** En la especie, la defensa fundamenta el recurso de nulidad en la aplicación de normas reguladoras de pena, las que en definitiva imponen criterios más rigurosos respecto de delitos contra la propiedad, mediante modificaciones legales que agravan la penalidad en caso de reincidencia. Por tratarse de normativa posterior a la del artículo 450 del Código Penal, no podría aplicarse la Ley 20.931, denominada “de agenda corta”, a los delitos contra la propiedad en grado de tentativa, como es el caso de autos.

**TERCERO:** Que, al respecto, el artículo 449 del Código Penal señala que *“Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448 inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan:*

*1°. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en la sentencia.*

*2°. Tratándose de condenados reincidentes en términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si esta es compuesta, o el mínimo si consta de un solo grado.”* Esta redacción fue introducida por la Ley 20.931, sin que se haya hecho distinción alguna respecto de la aplicabilidad del artículo 450 del Código Penal, vigente a la época.

**CUARTO:** Que, respecto de la eventual derogación tácita o desplazamiento de la norma del artículo 450 ya citado, efectivamente existe pronunciamiento de nuestra Excm. Corte Suprema, en autos rol 17.714- 2016, descartando tal hipótesis. Jurisprudencia que ésta

Corte ha recogido y compartido, según consta en autos rol 158-2017 y rol 242-2017, a vía ejemplar.

La historia fidedigna de la ley 20.931 indica que estas modificaciones han tenido por fin el agravamiento del trato penal aplicable a quienes reincidan en delitos contra la propiedad, como el caso de estos autos. En consecuencia, de ningún modo aparece como incongruente a dicha finalidad la aplicación conjunta de los artículos 449 y 450 del Código Penal, puesto que ambas normas son expresión coherente de la misma política criminal de mayor punibilidad.

**QUINTO:** En el orden de ideas ya desarrollado, no resulta posible estimar que se ha efectuado una errada aplicación del derecho; desde que la sentencia regula la pena conforme a la legislación vigente, y acorde con criterios restrictivos que el legislador ha previsto de manera especial para el delito por el cual se ha condenado.

Con lo expuesto y de conformidad con lo establecido en artículos 372, 374, 378 y siguientes del Código Procesal Penal, se declara **SIN LUGAR** el recurso de nulidad deducido por la defensa de don Julio Abraham Arce, en contra de la sentencia de autos, dictada con fecha veintiocho de mayo de dos mil dieciocho, la que no es nula.

Acordada con el voto en contra de la Ministra María Soledad Piñeiro quien estuvo por acoger el recurso de nulidad interpuesto por la defensa por errónea aplicación del derecho, para la cual ha tenido presente los siguientes argumentos:

1.- Las normas del derecho penal han de ser interpretadas en favor del condenado, especialmente considerando que esta área del derecho es de aplicación excepcional y restrictiva.

2.- Las modificaciones legales deben ser interpretadas armónicamente de modo que tengan –al menos- una forma de aplicación.

3.- En el presente caso la controversia se centra en cómo armonizar los artículos 450 y 449 del Código Penal, último recientemente modificado.

Una de las alternativas es la expuesta en la sentencia. Sin embargo, es posible considerar otra que, manteniendo vigentes ambas normas, permita, bajo determinadas circunstancias, una aplicación más favorable al justiciable recogiendo el principio de interpretación restrictiva de las normas penales.

4.- En ese sentido, y más allá de la discusión sostenida por largo tiempo sobre la proporcionalidad de las penas que altera el artículo 450 del Código Penal, esa norma establece que aun cuando el ilícito sea ejecutado en grado tentado o frustrado la forma de sancionarlo será como si estuviera en grado consumado. Tal circunstancia significa una agravación importante en la penalidad de los delitos contra la propiedad que refiere, impidiendo la rebaja en uno o dos grados contemplados en las reglas generales de determinación de pena de los artículos 50 a 52 del Código Punitivo.

5.- Por otra parte la reciente modificación al artículo 449 del Código Penal, establece otra excepción a las reglas generales de determinación de la sanción penal, impidiendo al juez desplazarse en las tablas de sanciones debiendo mantenerse dentro del marco de penas que la ley fija para cada delito, el que ahora se transforma en un marco rígido sin posibilidad de aplicar penas más baja o más altas.

6.- Frente a estas dos normas que decididamente agravan las sanciones por la vía de alterar las reglas generales de determinación de la pena, y siendo una obligación interpretarlas de forma que tengan una aplicación efectiva, armonizando estas reglas especiales se puede concluir que:

a) Cuando el ilícito se ha desarrollado en forma imperfecta la base de la sanción ha de ser la del delito consumado, pero luego han de aplicarse las reglas generales de los artículos 50 a 52 y 67 a 69, todos del Código Penal. En ese sentido el artículo 450 tiene plena aplicación.

b) Cuando el delito se ejecuta en grado consumado, ha de recurrirse a las reglas del artículo 449 del Código Penal, desde que conforme lo indica el artículo 50 del mismo texto legal, las normas fijan penas para los delitos consumados. Desde esa perspectiva, esta nueva regla resulta plenamente aplicable.

7.- Resolver de ese modo permite la vigencia de ambas normas, así como la sustentabilidad de los principios de proporcionalidad de la penas y de interpretación restrictiva y más favorable al condenado. Redactada por el Abogado Integrante don Claudio Novoa Araya y el voto en contra, su autora.

No firma el Ministro Sr. Mario Julio Kompatzki Contreras, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo por encontrarse con permiso de conformidad a lo dispuesto en el artículo 347 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese y comuníquese.

N°Penal-393-2018.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia

**Rit:** 105-2018

**Ruc:** 1700813137-6

**Delito:** Hurto Simple

**Defensor:** Cristian Otarola

**4.- Recurso de Apelación interpuesto por la Defensoría, sólo en cuanto rechaza la aplicación de penas sustitutivas. Se revoca la sentencia pronunciada por el T.O.P en la parte que ordena el cumplimiento efectivo de las penas corporales impuestas a los acusados. (CA Valdivia 17.07.2018 rol 105-2018)**

**Norma asociada:** CP art.436 N°3; CP art.432; L18216.

**Tema:** Recursos; Ley de medidas alternativas a la privación de libertad

**Descriptor:** Recurso de apelación; Cumplimiento de condena; Penas no privativas de libertad; Reclusión nocturna; Remisión condicional de la pena

**Magistrados:** Juan Ignacio Correa Rosado; María Heliana De Los Ángeles Del Rio Tapia.

**SINTEISIS:** Recurso de Apelación interpuesto por la Defensoría. El recurso lo deduce en contra de la sentencia sólo en cuanto rechaza la aplicación de penas sustitutivas. Sostiene que el sistema de penas sustitutivas y anteriormente el de beneficios ha sido diseñado por nuestro legislador con la clara orientación político criminal de evitar que la privación de libertad sea la única respuesta del ius puniendi estatal en etapa de ejecución. Así se pretende, además del castigo, la oportunidad de reinserción en la sociedad; igualmente sirve para no congestionar los recintos penitenciarios y para evitar el contagio criminológico a quienes no han tenido contacto con el sistema anteriormente o que han sido condenados a penas de baja entidad. La Corte tras citar el art.370 del CPP y la Ley N° 18216 revoca la sentencia pronunciada por el TOP de Valdivia, en la parte que ordena el cumplimiento efectivo de las penas corporales impuestas a dos de los cuatro condenados, sustituidas por reclusión parcial domiciliaria nocturna y remisión condicional de la pena, por reunirse en el caso los requisitos de la Ley 18216.

**Texto íntegro:**

Valdivia, diecisiete de julio de dos mil dieciocho.

**Vistos:**

Se tiene por reproducida la sentencia en alzada, excepto lo dicho en el motivo 16° numeral 7, en lo que se refiere a las penas sustitutivas de Sergio Jacob Moreira Díaz y Jorge Antonio Plasencio Lillo, que se eliminan. Oídos y teniendo en su lugar y además presente:

**PRIMERO:** Se ha alzado la defensa de los condenados en contra de la sentencia pronunciada por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, de seis de junio del año en curso, que declara:

*I.- Que se absuelve a doña Scarleth Beatriz Plasencio Zurita, Cédula de Identidad N°20.314.940-9, como presunta autora de los delitos de hurto simple ocurridos en día 30 de agosto de 2018, en la ciudad de Valdivia.*

*II.- Que se condena al acusado Juan Salvador Zurita Vergara, Cédula de Identidad N°16.806.076-9, a sufrir la pena de treinta y un días (31) de prisión en su grado medio, multa de dos (2) Unidades Tributarias Mensuales, a la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de hurto simple, en grado de tentado, previsto y sancionado en el artículo 446 N°3, en relación con el artículo 432, ambos del Código Penal, ocurrido en Valdivia el día 30 de agosto de 2017.*

*III.- Que se condena al acusado Sergio Jacob Moreira Díaz, Cédula de Identidad N°16.806.427-6, a sufrir la pena de de veintiún días (21) de prisión en su grado medio, multa de dos (2) Unidades Tributarias Mensuales, a la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de hurto simple, en grado de tentado, previsto y sancionado en el artículo 446 N°3, en relación con el artículo 432, ambos del Código Penal, ocurrido en Valdivia el día 30 de agosto de 2017.*

*IV.- Que se condena a Jorge Antonio Plasencio Lillo, Cédula de Identidad N°13.847.065-2, a sufrir la pena de de veintiún días (21) de prisión en su grado medio, multa de dos (2) Unidades Tributarias Mensuales, a la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de hurto simple, en grado de tentado, previsto y sancionado en el artículo 446 N°3, en relación con el artículo 432, ambos del código Penal, ocurrido en Valdivia el día 30 de agosto de 2017.*

*V.- Que se condena a Eduardo Alfonso Arias Kil, Cédula de Identidad N°18.289.056-1, a sufrir la pena de de veintiún días (21) de prisión en su grado medio, multa de dos (2) Unidades Tributarias Mensuales, a la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de hurto simple, en grado de tentado, previsto y sancionado en el artículo 446 N°3, en relación con el artículo 432, ambos del Código Penal, ocurrido en Valdivia el día 30 de agosto de 2017.*

*VI.- Que, para el pago de las multas impuestas se les concederán a todos los acusados cinco parcialidades. El no pago de alguna de las parcialidades hará exigible el total de la multa como si fuere de plazo vencido. Si los sentenciados carecieren de bienes para satisfacer la multa impuesta sufrirán por vía de sustitución y apremio la pena de reclusión, regulándose un día por cada quinto de unidad tributaria mensual, sin que pudiese exceder de seis meses.*

*VII.- Que, por no cumplir los requisitos para acceder a pena sustitutiva alguna de las contempladas en la Ley N°18.216, la pena corporal impuesta a cada uno de los acusados será de cumplimiento efectivo, sirviéndole de abono el día que permanecieron privado de libertad por esta causa, el cual corresponde a su detención desde el día 30 de agosto hasta el día 31 de agosto del año 2017.*

*VIII.- Que se decreta el comiso de la motosierras marca Sthil, serie TS 616 1/3, 4 KW, cadena de 15 pulgadas y de la motosierra serie TS 616 1/2, 6 KW, cadena de 15 pulgadas y se rechaza el comiso de las camionetas marca Nissan, modelo Pick-Up 2.300, P.P.U. BZ-8204-1 y de la camioneta marca Chevrolet Luv P.P.U. ED-4880-3.*

*XIX.- Que, no se condena en costas a los sentenciados por estimar que tuvieron motivo plausible para litigar y por haber sido representados por la Defensoría Penal Pública, atento lo dispuesto en el artículo 500 del Código Orgánico de Tribunales Déjense sin efecto las medidas cautelares que pesan respecto de doña Scarleth Beatriz Plasencio Zurita, si no se hubieren alzado. Devuélvanse a las partes los documentos acompañados a la presente causa a la parte que los presentó, bajo recibo.*

*Redactada por el magistrado don Carlos Flores Valenzuela.  
Regístrese, comuníquese en su oportunidad al Juzgado Garantía de  
Valdivia, para su cumplimiento. Hecho, archívese.*

El recurso lo deduce en contra de la sentencia sólo en cuanto rechaza la aplicación de penas sustitutivas. Sostiene que el sistema de penas sustitutivas y anteriormente el de beneficios ha sido diseñado por nuestro legislador con la clara orientación político criminal de evitar que la privación de libertad sea la única respuesta del ius puniendi estatal en etapa de ejecución. Así se pretende, además del castigo, la oportunidad de reinserción en la sociedad; igualmente sirve para no congestionar los recintos penitenciarios y para evitar el contagio criminógeno a quienes no han tenido contacto con el sistema anteriormente o que han sido condenados a penas de baja entidad.

Pide se revoque la sentencia, en lo apelado y condenar a sus representados a las siguientes penas: a) a Juan Salvador Zurita Vergara a la pena de 31 días de prisión en su grado medio, con la pena sustitutiva de trabajos en beneficio de la comunidad por 41 horas; b) a Sergio Jacob Moreira a la pena de 21 días de prisión en su grado medio con reclusión nocturna domiciliaria o penitenciaria; c) a Eduardo Alfonso Arias Kil a la pena de 21 días de prisión en su grado medio convertida a 28 horas de servicios comunitarios como pena sustitutiva; y d) a Jorge Antonio Plasencio Lillo a la pena de 21 días con la pena sustitutiva de remisión condicional.

En la audiencia respectiva, realizada el veintisiete de junio de dos mil dieciocho, la defensa afirma que los antecedentes incorporados permiten que las penas se cumplan en la forma en que lo solicita, todo con miras de evitar la privación de libertad de cada uno de sus representados.

En contra alegó el Ministerio Público, que solicita se confirme la sentencia, en lo apelado.

**SEGUNDO:** Se ha alzado la defensa de los condenados en contra de la sentencia pronunciada por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, de seis de junio del año en curso, sólo en cuanto rechaza la aplicación de penas sustitutivas y ordena su cumplimiento efectivo. La defensa sostiene que los antecedentes incorporados permiten que las penas se cumplan en la forma en que lo solicita, todo con miras de evitar la privación de libertad de cada uno de sus representados.

**TERCERO:** En cuanto a las penas sustitutivas pedidas por la defensa, la sentencia apelada razona como sigue. *En relación al acusado Juan Salvador Zurita Vergara no se le otorgará pena sustitutiva alguna, atendida la condena que registra en su Extracto de Filiación y Antecedentes de 10 años y un día, pena cumplida el 20 de abril de 2015, esto es, dentro del plazo en que aún puede ser considerada. Asimismo, tampoco se le otorgará la pena sustitutiva de prestación de servicio en favor de la comunidad, pues no se aportaron antecedentes para acreditar la existencia de antecedentes laborales, educacionales o de otra naturaleza similar que justificaren la pena, además de tener en consideración las diversas condenas que mantiene en su extracto de filiación, todo lo cual no permite presumir que dicha pena le disuadirá de no cometer nuevos delitos.*

**CUARTO:** Respecto al imputado Juan Salvador Zurita Vergara -como consta en la sentencia recurrida- en su oportunidad el señor Fiscal del Ministerio Público incorporó: 1) el extracto de Filiación y Antecedentes, en el cual registra diversas condenas, destaca una condena en causa N°100/2006, R.U.C. 600.399.255-K, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, como coautor del delito de robo con violencia, de 6 de diciembre de 2006, condenado a 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, pena cumplida el 20-04-2015; y una condena en causa N°6314/2016, R.U.C. 1.601.062.117-1, del Juzgado de Garantía de Valdivia, como autor del delito de hurto simple frustrado, resolución de fecha

10 de noviembre de 2016, condenado a 40 días de prisión en su grado máximo y multa de 5 Unidades Tributarias Mensuales, cumplida el 22-02-2017; 2) copia de sentencia dictada en Procedimiento Simplificado, en causa RIT:6314-2016, R.U.C. 1601062117-1, por el Juzgado de Garantía de Valdivia, que condena a Juan Salvador Zurita Vergara, Cédula de Identidad 16.806076-9, en calidad de autor del delito de hurto simple, previsto y sancionado en el artículo 446 N°3 del Código Penal, en grado de frustrado, perpetrado en Valdivia el día 9 de noviembre de 2016, a la pena de cuarenta días de prisión en su grado en su grado máximo, accesoria de suspensión para cargos u oficio públicos durante el tiempo de la condena y muta a beneficio fiscal ascendente a cinco Unidades Tributarias Mensuales. Consta certificado de ejecutoriedad del Ministro de Fe Wilma Karin Reyes Clasing, de fecha 22 de noviembre de 2017.

**QUINTO:** En la defensa reconoce que Juan Salvador Zurita Vergara no tiene derecho a pena sustitutiva de remisión condicional o reclusión parcial, pero alega que en consideración a sus circunstancias personales del sentenciado, esto es tiene 30 años de edad, con enseñanza media completa y en la actualidad se está desempeñando como ayudante de carpintero, lo que en su concepto significa que se trata de una persona que cuenta con antecedentes serios de reinserción - como es contar con un trabajo- por lo cual pide -en el recurso que se conceda la pena sustitutiva de trabajos en beneficio de la comunidad.

**SEXTO:** Al respecto, la Ley 18.216 señala lo siguiente: *Artículo 10.- La pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad, coordinadas por un delegado de Gendarmería de Chile. El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por Gendarmería de Chile, pudiendo establecer los convenios que estime pertinentes para tal fin con organismos públicos y privados sin fines de lucro.*

*Artículo 11.- La pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad podrá decretarse por el juez si se cumplen, copulativamente, los siguientes requisitos: a) Si la pena originalmente impuesta fuere igual o inferior a trescientos días. b) Si existieren antecedentes laborales, educacionales o de otra naturaleza similar que justificaren la pena, o si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren presumir que la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos.*

*c) Si concurriere la voluntad del condenado de someterse a esta pena. El juez deberá informarle acerca de las consecuencias de su incumplimiento. Esta pena procederá por una sola vez y únicamente para el caso en que los antecedentes penales anteriores del condenado hicieren improcedente la aplicación de las demás penas sustitutivas establecidas en la presente ley.*

**SÉPTIMO:** Que a la luz de estos antecedentes y de la lectura de la sentencia en cuestión queda de manifiesto que hubo dos razones para denegar la petición de la defensa, la primera es que Juan Salvador Zurita Vergara registra en su Extracto de Filiación y Antecedentes la pena de 10 años y un día, recién cumplida el 20 de abril de 2015, esto es, dentro del plazo en que aún puede ser considerada; en otras palabras, para los efectos de la Ley 18.296 sólo no se consideran las condenas por crimen y simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito, lo que no ocurre en este caso; asimismo, tampoco se le otorga la pena sustitutiva de prestación de servicio en favor de la comunidad, pues las diversas condenas que mantiene en su extracto de

filiación no permite presumir que dicha pena le disuadirá de no cometer nuevos delitos, parecer que es compartido por esta Corte, razón que se estima suficiente para confirmar la sentencia, en este capítulo.

**OCTAVO:** Respecto al sentenciado Sergio Jacob Moreira Díaz -como consta en la sentencia recurrida- en su oportunidad el señor Fiscal del Ministerio Público incorporó: el Extracto de Filiación y Antecedentes, en el cual registra diversas condenas, destaca una condena en causa N°4676/2008, R.U.C. 800.894.861-6, del Juzgado de Garantía de Valdivia, por el delito de hurto simple, de fecha 22 de enero de 2009, a la pena de 41 días de prisión en su grado máximo, multa de un quinto de unidad tributaria mensual, pena remitida, cumplida el 17-04-2009; y una condena en causa N°1.159/2017, R.U.C. 1.700.229.174-6, autor de robo en lugar no habitado, en grado de consumado, de fecha 6 de noviembre de 2017, condenado a 541 días de presidio menor en su grado medio, reclusión parcial nocturna.

**NOVENO:** La defensa de Moreira Díaz sostiene que resulta procedente la reclusión nocturna penitenciaria o domiciliar y la sentencia en motivo décimo cuarto hace referencia dos condenas de 2008 y 2009 por hurto y dichas sancionan no se consideran por expresa disposición del artículo 1 de la ley 20.603 que establece un periodo de 5 años. Además, se consideró una condena de noviembre de 2017 por robo no habitado, de 541 días, que es posterior a los hechos, de manera que es posible otorgarle reclusión nocturna en cualquiera de sus modalidades, pues se trata de un joven obrero de 30 años, con domicilio conocido.

**DÉCIMO:** Al respecto, la Ley 18.216 señala lo siguiente:

*Artículo 7°.- La pena de reclusión parcial consiste en el encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, durante cincuenta y seis horas semanales. La reclusión parcial podrá ser diurna, nocturna o de fin de semana, conforme a los siguientes criterios:*

*1) La reclusión diurna consistirá en el encierro en el domicilio del condenado, durante un lapso de ocho horas diarias y continuas, las que se fijarán entre las ocho y las veintidós horas.*

*2) La reclusión nocturna consistirá en el encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente.*

*3) La reclusión de fin de semana consistirá en el encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, entre las veintidós horas del día viernes y las seis horas del día lunes siguiente.*

*Para el cumplimiento de la reclusión parcial, el juez preferirá ordenar su ejecución en el domicilio del condenado, estableciendo como mecanismo de control de la misma el sistema de monitoreo telemático, salvo que Gendarmería de Chile informe desfavorablemente la factibilidad técnica de su imposición, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 23 bis y siguientes de esta ley. En tal caso, entendido como excepcional, se podrán decretar otros mecanismos de control similares, en la forma que determine el tribunal. Para los efectos de esta ley, se entenderá por domicilio la residencia regular que el condenado utilice para fines habitacionales.*

*Artículo 8°.- La reclusión parcial podrá disponerse:*

*a) Si la pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia no excediere de tres años;*

*b) Si el penado no hubiese sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, o lo hubiese sido a una pena privativa o restrictiva de libertad que no excediere de dos años, o a más de una, siempre que en total no superaren de dicho límite. En todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes,*

*respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito. No obstante lo anterior, si dentro de los diez o cinco años anteriores, según corresponda, a la comisión del nuevo crimen o simple delito, le hubieren sido impuestas dos reclusiones parciales, no será procedente la aplicación de esta pena sustitutiva. Respecto de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis del Título IX del Libro Segundo y en el artículo 456 bis A, todos del Código Penal, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 438; 448, inciso primero, y 448 quinquies de ese cuerpo legal, no será procedente la aplicación de esta pena sustitutiva si dentro de los diez o cinco años anteriores, según corresponda, a la comisión del nuevo crimen o simple delito, le hubiere sido impuesta al condenado una reclusión parcial, y*

*c) Si existieren antecedentes laborales, educacionales o de otra naturaleza similar que justificaren la pena, así como si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, permitieren presumir que la pena de reclusión parcial lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos. Artículo 9°.- Para los efectos de la conversión de la pena inicialmente impuesta, se computarán ocho horas continuas de reclusión parcial por cada día de privación o restricción de libertad.*

**UNDÉCIMO:** El delito materia de este juicio cometido por Moreira Díaz ocurre en horas de la tarde del día 30 de agosto de 2017 y tal como lo alega la defensa, para determinar la pena no pueden considerarse los delitos de hurto simple que registra su extracto, por el tiempo transcurrido, se trata de condenas del año 2008 y 2009; en cambio será considerada la última Rol N°1.159/2017, R.U.C. 1.700.229.174-6, en que está condenado como autor de robo en lugar no habitado, en grado de consumado, de 6 de noviembre de 2017, condenado a 541 días de presidio menor en su grado medio, reclusión parcial nocturna, hecho ocurrido en Corral el 8 de marzo de 2017, circunstancias que hacen procedente la reclusión parcial nocturna, como se dirá en lo resolutivo.

**DUODECIMO:** Respecto del acusado Jorge Antonio Plasencio Lillo, -como consta en la sentencia recurrida- en su oportunidad el señor Fiscal del Ministerio Público incorporó el Extracto de Filiación y Antecedentes, que registra una condena en causa N°1.681/2002, del 1° del Crimen de Valdivia, autor de receptación de especies y autor de hurto de especies, de 13 de julio de 2004, condenado a 50 días de prisión en su grado máximo y 541 días de presidio menor en su grado medio y multa de 6 Unidades Tributarias Mensuales, penas remitidas y cumplidas el 20-09-2007.

**DECIMOTERCERO:** La defensa de Plasencio Lillo sostiene que procede a su respecto la remisión condicional de la pena, pues la que registra en su extracto de filiación no se considera -las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, 10 o 5 años antes de la comisión del nuevo ilícito- que en este caso han transcurrido más de 5 años por lo cual dicha pena no debió ser tenida en cuenta para rechazar la remisión condicional. Agrega que su representado está trabajando en labores de reparación en "Restaurant Napoles", cuya dueña lo califica como una persona honesta y responsable, persona con antecedentes serios de reinserción.

**DECIMOCUARTO:** Al respecto, la Ley 18.216 señala lo siguiente: *Artículo 3°.- La remisión condicional consiste en la sustitución del cumplimiento de la pena privativa de libertad por la discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo. Artículo 4°.- La remisión condicional podrá decretarse:*

*a) Si la pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia no excediere de tres años;*

*b) Si el penado no hubiese sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. En todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito;*

*c) Si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren presumir que no volverá a delinquir, y*

*d) Si las circunstancias indicadas en las letras b) y c) precedentes hicieren innecesaria una intervención o la ejecución efectiva de la pena. Con todo, no procederá la remisión condicional como pena sustitutiva si el sentenciado fuere condenado por aquellos ilícitos previstos en los artículos 15, letra b), o 15 bis, letra b), debiendo el tribunal, en estos casos, imponer la pena de reclusión parcial, libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, si procediere.*

**DECIMOQUINTO:** Que, a la luz de estos antecedentes esta Corte está de acuerdo con la defensa, pues para los efectos de la ley en comento no se consideran -las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, 10 o 5 años antes de la comisión del nuevo ilícito- y que en este caso han transcurrido más de 5 años. En consecuencia y por reunirse en el caso los requisitos del artículo 4 de la Ley 18.297, procede decretar la remisión condicional de la pena a Jorge Antonio Plasencio Lillo, como se dirá en lo resolutivo.

**DECIMOSEXTO:** Respecto del sentenciado Eduardo Alfonso Arias Kil, -como consta en la sentencia recurrida- en su oportunidad el señor Fiscal del Ministerio Público incorporó extracto de Filiación y Antecedentes, en el cual registra diversas condenas, destaca una en causa N°1.367/2011, R.U.C. 1.400.221.090-9, del Juzgado de Garantía de Valdivia, como autor de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, resolución de fecha 12 de diciembre de 2014, condenado a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, reclusión parcial domiciliaria nocturna, pena cumplida el 13-05-2015; y una condena en causa N°7.296/2017, R.U.C. 1.701.074.235-8, del Tribunal de Garantía de Valdivia, autor de conducción de vehículo motorizado sin contar con la licencia profesional requerida, resolución 13 de marzo de 2018, condenado a 61 días de presidio menor en su grado medio. Reclusión parcial domiciliaria.

**DECIMOSEPTIMO:** La defensa sostiene que Eduardo Alfonso Arias tiene 25 años de edad, con estudios básicos, actualmente se encuentra trabajando en un taller mecánico de nombre "Mauricio Vega" ubicado en sector de Miraflores sin número, en el cual se desempeña como ayudante mecánico, agrega que Eduardo Arias tiene dos hijos menores de edad, de tan solo 3 y 5 años, y que en consideración a la cuantía de la pena y los antecedentes personales pide que se le conceda la pena sustitutiva de trabajos en beneficio de la comunidad.

**DECIMOCTAVO:** Que el artículo 8 en su letra c), como el artículo 11 en su literal b), ambos de la Ley N°18.216 establecen imperativamente la acreditación de antecedentes subjetivos, en especial de índole laboral y educacional que permitan al Tribunal, inferir o presumir, que en base a los mismos, aparece aconsejable o recomendable sustituir la pena corporal y, no obstante los argumentos de la defensa, en el caso no se reúnen, en consideración a las condenas que mantiene en su extracto de filiación, pues las mismas no permiten presumir que dicha pena le disuadirá de no cometer nuevos delitos, de lo que se dejó constancia en la sentencia recurrida, parecer que es compartido por esta Corte, razón suficiente para confirmar la sentencia, en este capítulo.

Por estas consideraciones, normas citadas, y visto, además, lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Penal, y artículos mencionados de la Ley N° 18.296, **se revoca** la sentencia pronunciada por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, de seis de junio del año en curso, en la parte que ordena el cumplimiento efectivo de las penas corporales impuestas a los acusados Sergio Jacob Moreira Díaz y Jorge Antonio Plasencio Lillo y en su lugar se declara:

1. Que reuniéndose los requisitos de la ley 18.216, se concede al sentenciado Sergio Jacob Moreira Díaz, la reclusión parcial domiciliaria nocturna, esto es, por el lapso de 21 días, desde las 22:00 horas de cada día hasta las 06:00 horas del día siguiente, en principio en dependencias de Gendarmería. Para el evento que la defensa acompañe dentro de quinto día informe de factibilidad técnica de monitoreo telemático positivo, dicha reclusión parcial se cumplirá en el domicilio emplazado en Pasaje Las Águilas N° 520, Alto Guacamayo, Valdivia; en el evento de ser el informe negativo, la reclusión parcial será igualmente domiciliaria pero custodiado a través de Carabineros, sirviéndole de abono el día que estuvo privado de libertad, el cual corresponde al de su detención desde el días 30 de agosto hasta el día 31 de agosto del año 2017.

2. Que por reunirse los requisitos del artículo 4 de la Ley 18.296 se decreta la remisión condicional de la pena a Jorge Antonio Plasencio Lillo, debiendo quedar sujeto al control de la sección del medio libre de Gendarmería de Chile por el lapso de un año, debiendo cumplir las demás exigencias legales y reglamentarias, sirviéndole de abono el día que permaneció privado de libertad, el cual corresponde a su detención desde el día 30 de agosto hasta el día 31 de agosto del año 2017.

**Se confirma** en lo demás la referida sentencia. Acordada una vez desechada la indicación previa de la Ministra Sra. Marcia Undurraga Jensen, quien estuvo por dar lugar a todas las peticiones de la defensa, por estimarlas procedentes, pues aquello se aviene más con el espíritu general que inspira la reforma procesal penal, en orden a elevar los estándares de garantía y de restringir al máximo posible las privaciones de libertad en el proceso penal. Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro Titular señor Juan Ignacio Correa Rosado.

**Rol 418 – 2018 PEN.**

Se deja constancia que no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo de fallo, no firma la Ministra Sra. Marcia Undurraga Jensen, por encontrarse en comisión de servicios.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia

**Rit:** 1168-2016

**Ruc:**

**Delito:** Abigeato

**Defensor:** Claudio Prambis Julián

**5.- Recurso de hecho contra el Juzgado de Garantía de Río Negro que concedió el recurso de apelación interpuesto por un tercerista contra la resolución que, mantuvo la medida cautelar real de secuestro dictada en el proceso. (CA Valdivia 17.07.2018 rol 1168-2016)**

**Norma asociada:** CPP art.158; CPP art.360; CPP art.189.

**Tema:** Recursos; Medidas cautelares

**Descriptor:** Recurso de hecho; Medidas cautelares reales; Secuestro; Tercería.

**Magistrados:** Mario Julio Kompatzki Contreras; Samuel David Muñoz Weisz; Juan Carlos Vidal Etcheverry

**SINTESIS:** Recurso de hecho contra el Juzgado de Garantía de Río Negro que concedió el recurso de apelación interpuesto por un tercerista contra la resolución que, mantuvo la medida cautelar real de secuestro de 98 animales dictada en el proceso, por el delito de abigeato. Cita los artículos 158 y 360 del Código Procesal Penal y plantea, en resumen, que la resolución que rechaza la petición de alzar una medida cautelar no la niega ni concede, por lo que no resulta apelable. Además sostiene que la situación del tercerista está regulada por el artículo 189 del citado Código, que no previene el recurso de apelación. La Corte desecha la imposibilidad del tercerista de apelar la resolución que niega el alzamiento de la medida cautelar, arguyendo que la ley procesal penal no la ha excluido como titular del recurso, por lo que la controversia radica en determinar si la resolución que mantiene una medida cautelar real es apelable. La Corte sostiene que la medida que mantiene una cautelar real es apelable, realiza una interpretación teleológica y señala que: “mantener una medida cautelar previamente resuelta, no es literalmente idéntico a decretarla, pero en tanto a su efecto práctico será que continuará vigente, entonces sí equivale, en los hechos, a acceder a ella”. Además, cita el mensaje del CPP agregando un elemento histórico a su fundamentación. **(Considerando cuarto)**

**Texto Íntegro:**

Valdivia, diecisiete de julio de dos mil dieciocho.

**Vistos:**

El diez de julio de dos mil dieciocho, Claudio Prambis Julián, abogado, por el querellante en autos RIT N° 1168-2016 del Juzgado de Garantía de Río Negro, interpone recurso de hecho en contra de la resolución dictada el 10 de julio de 2018 por el Sr. Juez de dicho tribunal, que concedió el recurso de apelación interpuesto por Agrícola los Sauces Ltda. Contra la resolución de cinco de julio de dos mil dieciocho que, a su vez, mantuvo la medida cautelar

real de secuestro dictada en el proceso. Cita los artículos 158 y 360 del Código Procesal Penal y plantea, en resumen, que la resolución que rechaza la petición de alzar una medida cautelar no la niega ni concede, por lo que no resulta apelable. Añade que no se afecta ningún derecho del imputado en tanto no es el apelante, que la ley procesal penal debe ser interpretada restrictivamente y que la situación del tercerista está regulada por el artículo 189 del citado Código, que no previene el recurso de apelación.

Pide se acoja el recurso de hecho y se niegue conceder el recurso de apelación, por improcedente. Se ordenó dar cuenta del recurso de conformidad al artículo 369 del Código Procesal Penal.

**Considerando:**

**PRIMERO:** Que sin perjuicio de lo anotado en la parte expositiva, conviene destacar y ordenar los aspectos procesales relevantes para la resolución del presente recurso: **a)** El 9/3/2018, en el contexto de una causa seguida por el delito de abigeato cuya investigación se encuentra desformalizada, el Juzgado de Garantía de Río Negro decreta la medida cautelar de secuestro sobre 98 animales vacunos ubicados en el Fundo La Esperanza, explotados por Sociedad Agrícola Rupanquito Ltda.; **b)** Agrícola los Sauces Ltda., que por ahora interviene en el juicio como tercerista, solicita el alzamiento de la medida cautelar previamente referida; **c)** el 5/7/2018, en audiencia destinada al efecto, el tribunal rechaza dicha petición; **d)** el 10/7/2018, el tercerista apela de ésta última resolución; **e)** el mismo día, el tribunal concede el recurso, en el sólo efecto devolutivo.

**SEGUNDO:** Que, el artículo 158 del Código Procesal Penal dispone: *Artículo 158.- Recurso de apelación. Serán apelables las resoluciones que negaren o dieran lugar a las medidas previstas en este Título.*

**TERCERO:** Que, de conformidad a la argumentación del recurso y el mérito de la apelación interpuesta por Agrícola los Sauces Ltda., la controversia radica en determinar si la resolución que mantiene una medida cautelar real es apelable.

En efecto, las alegaciones de la querellante en orden a la imposibilidad de ejercer el recurso por ser la apelante tercerista, será desechada desde ya, en la medida que la ley procesal penal no la ha excluido como titular del recurso, sin perjuicio de lo que a continuación se resolverá.

**CUARTO:** Que, la norma antes citada establece el derecho de impugnar por la vía de la apelación la decisión del tribunal que se pronuncie sobre una medida cautelar, ya sea acogéndola, o rechazándola.

Como observa el recurrente, mantener una medida cautelar previamente resuelta, no es literalmente idéntico a decretarla, pero en tanto su efecto práctico será que continuará vigente, entonces sí equivale, en los hechos, a acceder a ella. Dicho de otro modo, al negarse a revocar dicha medida, se ha dado lugar la misma, manteniéndola vigente. La interpretación teleológica antes referida se aviene mejor, además, con el elemento histórico y sistemático de exégesis, pues como se afirma en el mensaje del Código Procesal Penal *“No obstante, hay algunas situaciones en las que la apelación no ha podido ser evitada (...)En segundo lugar, están aquellas resoluciones que, aun siendo provisionales, afectan de modo irreparable los derechos de algunos de los intervinientes, como la que ordena la prisión preventiva respecto del imputado o en general aquellas que se refieren a medidas cautelares. En ambas situaciones ha parecido imprescindible que las resoluciones de un tribunal unipersonal sean revisadas por un tribunal con mayor número de integrantes, como es una sala de la Corte de Apelaciones.”*

**QUINTO:** Que, a la misma conclusión ha llegado la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Talca resolvió. *“El sentido de la ley y la finalidad de las medidas no varían. Si son apelables las que niegan y las que dan lugar, también lo son las que las modifican en cualquiera de las alternativas antes referidas y las que las dejan sin efecto, pues concluir de modo distinto equivaldría a limitar, arbitrariamente, el derecho de los intervinientes a impugnar las decisiones que recaen en dicho tipo de medidas”* (Rol 563-2013, de 19/11/2013) y esta Corte previamente ha fallado en similar sentido (Roles 63-2017, de 6/2/2017 y 263-2017, de 22/6/2017). Consiguientemente, el presente recurso de hecho será rechazado.

Por estas consideraciones y visto además, lo dispuesto en los artículos 369 y 370 del Código Procesal Penal se **RECHAZA** el recurso de hecho deducido por el querellante respecto de la resolución dictada por el Juzgado de Garantía de Río Negro el diez de julio de dos mil dieciocho, que concedió el recurso de apelación deducido por Agrícola los Sauces Ltda., en autos RIT N°1168-2016.

Regístrese y comuníquese.

**N° 483-2018 Penal**

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:**

**Ruc:**

**Delito:** Robo en Lugar no Habitado.

**Defensor:** Rigoberto Marín Andrade.

**6.- Acoge recurso de amparo a favor de adolescente recluido en el Centro de internación Provisoria, al haber sido privado de sus derechos legales y constitucionales por el Juzgado de Garantía, quien decretó Internación Provisoria del imputado, con infracción de la Constitución, las leyes y Tratados Internacionales (CA De Valdivia 03.08.2018 rol 52 – 2018).**

**Normas asociadas:** CPR art.19 N°7; CPR art.21; L 20084 arts.21; L 20084 arts.23; L 20084 art.32; L 20084 art.33; LRPA art.21; LRPA art.23; CP art.442 N° 1.

**Tema:** Responsabilidad Penal Adolescente; Garantías Constitucionales.

**Descriptorios:** Control ejecución sanciones de adolescentes; Derechos en ejecución sanciones adolescentes; Internación provisional; Medidas cautelares personales; Procedimiento aplicable a adolescentes; Recurso de amparo.

**Magistrados:** Mario Julio Kompatzki, Maria Soledad Pineiro Fuenzalida; Caludio Eugenio Aravena Bustos.

**SINTESIS:** Defensor interpone acción de amparo a favor de adolescente quien fue privado de sus derechos legales y constitucionales por el Juez de Garantía, quien con fecha 27 de julio de 2018 decretó como medida cautelar Internación Provisoria del imputado, el día de la audiencia donde fue condenado como autor de delito consumado de robo en lugar no habitado. La defensa se opuso invocando vulneración de los artículos 32 y 33 de la Ley 20.084 que establece que será procedente la internación para mayores de 18 años, y atendiendo el artículo 23 de la LRPA la sanción más grave para un simple delito como lo es robo en lugar no habitado, podría ser Internación en Régimen Semicerrado con Programa de Reinserción Social. Se acoge recurso de amparo en contra de la resolución del Juez de Garantía, decretándose la inmediata libertad del menor anteriormente individualizado.

**TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, tres de agosto de dos mil dieciocho.

VISTOS:

Don Rigoberto Marín Andrade, Abogado, Defensor Penal Público de Adolescentes, domiciliado en Cochrane Nro. 1278, de la ciudad de Osorno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República recurro de amparo a favor del imputado adolescente don D.A.N.S., de 16 años edad, cédula nacional de

identidad número 21.XXX.XXX-X, con domicilio en Pasaje Shwerter N°297, Corte Alto, Purranque, quien se encuentra recluido en el Centro de Internación Provisoria de Puerto Montt, al haber sido privado de sus derechos legales y constitucionales, por el Sr. Juez de Garantía del Juzgado de Garantía de Río Negro, don Jorge Saavedra Bentjerodt, quien con fecha 27 de Julio de 2018 decretó la Internación Provisoria del imputado, con infracción de la Constitución, las leyes y Tratados Internacionales. Señala, que, con fecha 27 de Julio de 2018 su representado fue formalizado en causa RIT 636-2018 del Juzgado de Garantía de Río Negro como autor de un delito consumado de robo en lugar no habitado; en dicha audiencia se decretó en su contra la cautelar de Internación Provisoria, disponiéndose su ingreso al Centro de Internación Provisoria de Puerto Montt; además, se fijó un plazo de investigación de sesenta días.- A la solicitud de Internación Provisoria la defensa se opuso atendido lo señalado por los artículos 32 y 33 de la Ley 20.084, esto es, el tenor claro de la Ley al señalar "sólo será procedente tratándose de las conductas que de ser cometidas por una persona mayor de dieciocho años constituirían crímenes", lo que no ocurre en el caso de marras ya que el delito de Robo en Lugar No Habitado tiene pena de simple delito; y atendido a la proporcionalidad que ha de guardarse entre las cautelares que se decreten respecto de un menor y la sanción probable, la que llevada a la escala de penas del artículo 23 de la Ley RPA por expresa disposición del artículo 21 del mismo cuerpo legal nos sitúa en el rango de presidio menor en su grado mínimo, tramo en el cual la sanción más grave a la que podría ser acreedor un adolescente sería la de Internación en Régimen Semicerrado con Programa de Reinserción Social.- Sin perjuicio de lo anterior, el Juez resolvió decretar la mentada medida cautelar, por estimar acreditado suficientemente el presupuesto factico del delito y estimar que su representado es un peligro para la seguridad de la sociedad, vulnerándose con dicha resolución normativa tanto nacional como internacional, por lo que solicita tener por interpuesto Recurso de Amparo en favor de don D.A.N.S., ya individualizado y, previo informe del Juez recurrido, ordenar que se deje sin efecto la resolución ilegal y arbitraria dictada por ésta que privó de la libertad personal al imputado, ordenando su inmediata libertad.- Don Jorge Iván Saavedra Bentjerodt, Juez Titular del Juzgado de Garantía de Río Negro, informa al tenor del recurso señalando lo siguiente: Que el recurso de amparo referido, se funda en los hechos y síntesis en la decisión adoptada de someter al menor adolescente, luego de ser formalizado por la presunta comisión de un delito de robo en lugar no habitado, a internación provisoria en causa Rit 636-2018 seguida en contra de David Andrés Navarro Sayado, en base a los siguientes hechos : "Que el día 22 de julio de 2018, en horas de la noche en circunstancias que el imputado en compañía de otros cuatro sujetos ya identificados y previamente concertados concurren a la Escuela Bertoldo Hoffman Kahler ubicada en calle Los Canelos 146 Corte Alto de la comuna de Purranque, ingresan mediante el rompimiento de una ventana que accede al baño de hombres, entrando uno al interior del establecimiento, quien abre la ventana del pasillo para luego poder entrar los otros cuatro. Una vez en su interior, con ánimo de lucro y sin voluntad de su dueño, sustraen un proyector data show marca Sony y un manojito de llaves de la sala de computación. Las especies fueron avaluadas en la suma de \$300.000 pesos y posterior a ello Navarro Sayado quiebra un vidrio que asusta a tres coimputados quienes salen del lugar, sustrayendo en definitiva las especies solo Navarro Sayado junto con otro sujeto no identificado". El Ministerio Público una vez

formalizado el adolescente, solicitó como medida cautelar la internación provisoria por los motivos que en la audiencia expuso y que decían relación con nivel de peligrosidad, la circunstancia de haber ingresado el mismo imputado a sustraer especies a ese mismo colegio el año recién pasado lo que motivó una suspensión condicional del procedimiento y las sospechas de encontrarse implicado en el robo a un jardín infantil ubicado en ese mismo sector. Asimismo, conforme a los whatsapp analizados expuso que se aprecia que concurrió al establecimiento días más tardes con las llaves de la sala de computación robadas para proceder a sustraer todos los computadores por lo que será formalizado por un segundo delito. La defensa solicitó el rechazo a la referida cautelar por estimar que la misma era gravosa atendida la minoría de edad que presenta el imputado, irreprochable conducta anterior que ostenta y prognosis de pena en caso de llegar a ser condenado, circunstancias que en ningún caso, expuso, lo llevarían a la XHPVGEDXTZ privación de libertad, todo ello conforme a lo estatuido en los artículos 21 y 23 de la Ley N° 20.084. Que analizadas las exposiciones de los intervinientes, estimó que existían antecedentes que permitían presumir fundadamente la existencia del delito que se investiga y que tipifican el delito robo en lugar no habitado conforme lo dispone el artículo 442 N° 1 del Código Penal, ilícito consumado, correspondiéndole la calidad de autor al imputado, ocurrido en horas de la noche del día 22 de julio de 2018 en la Escuela Bertoldo Hofmann de Corte Alto. Igualmente concluyó que existían antecedentes que permitían presumir fundadamente la participación del imputado D.A.N.S. en estos hechos, lo que se extrajo del análisis al Parte Policial incoado y la declaración de todos los padres de los menores involucrados quienes voluntariamente y frente al personal policial, según se expuso en la audiencia, reconocieron la participación de sus hijos en los hechos, exhibiéndose comunicaciones vía whatsapp entre ellos y que sindicaban con bastante claridad a David Navarro como partícipe en el presunto ilícito. Considera el informante, que la privación de libertad, si bien debe ser entendida como un último recurso, muy respetuosamente se consideró necesaria, reiterando que en este caso se trata de un adolescente que ha ingresado en al menos dos oportunidades a la Escuela Bertoldo Hoffman Kahler a sustraer especies que son sumamente importantes para el aprendizaje del resto de los alumnos, lo que demuestra una importante falta de conciencia respecto a los actos que comete, genera igualmente una imagen negativa en sus pares, inmersos en una pequeña comunidad, los que pueden verse incentivados a cometer similares acciones. Se trajeron los autos en relación. CONSIDERANDO: PRIMERO: El artículo 21 de la Constitución Política de la República establece que todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes podrá recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, a fin de que esta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Lo mismo podrá realizar toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. SEGUNDO: Que el recurrente, considera que la resolución dictada por el Juez de Garantía de Río Negro, vulnera la garantía constitucional del artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la Republica, debido a que se dictó con clara infracción de la Ley 20.084, por no ser procedente dicha cautelar en el tipo de delito por el cual fue formalizado el adolescente. Sin perjuicio de lo anterior, estima que la

resolución vulnera normativa internacional, por lo que solicita que se deje sin efecto la internación provisoria decretándose la inmediata libertad de D.N.S. de 16 años. TERCERO: Que el Juez informante, considera fue su actuar a derecho, en base a los argumentos descritos en su resolución, que detalla, siendo el imputado un peligro para la seguridad de la sociedad, no existiendo otra cautelar que pueda ser dictada en autos. CUARTO: Que, esta Corte concuerda con la parte recurrente, en el sentido que la resolución dictada por el juez recurrido, se realizó con infracción a los artículos 32 y 33 de la Ley 20.084, al haberse decretado la internación provisoria del adolescente D.N.S., por hechos que corresponde a un delito de robo en lugar no habitado tratándose de un simple delito y no de un crimen, conforme a las penas establecidas para los adultos, no pudiendo imponerse bajo ningún concepto la medida decretada. QUINTO: Por otra parte las consideraciones que señalo el juez en su resolución han de ser ponderadas para el efecto de la determinación de la sanción dentro del marco legal correspondiente pero no para alterar la norma señalada. Por lo expuesto, el recurso no puede prosperar ni acogerse. Y visto además lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se ACOGE el recurso de amparo interpuesto por don Rigoberto Marín Andrade, Abogado, Defensor Penal Público de Adolescentes, a favor del imputado adolescente don D.A.N.S., en contra de la resolución de veintisiete de julio de dos mil dieciocho dictada por el Juez de Garantía de Río Negro, don Jorge Saavedra Bentjerodt, decretándose la inmediata libertad del menor ya individualizado.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:**

**Ruc:**

**Delito:** Porte ilegal de arma de fuego; Robo con Intimidación.

**Defensor:** Pablo Ardouin Bórquez.

**7.- Se acoge el recurso de amparo en contra del Juez de Garantía, quien rechaza solicitud de discusión de procedimiento abreviado sin fundamento legal alguno (CA De Valdivia 06.08.2018 rol 54- 2018).**

**Normas asociadas:** CPR art.7; CPR art.21; CPR art.9 n°3 inciso 6; CPP art.36; CPP art.407.

**Tema:** Garantías constitucionales; Principios y garantías del sistema procesal penal en el CPP.

**Descriptorios:** Acciones constitucionales; Derechos del imputado; Derechos fundamentales; Fundamentación; Infracción sustancial de derechos y garantías; Pluralidad de malhechores; Procedimiento abreviado; Recurso de amparo.

**Magistrados:** Juan Ignacio Correa Rosado, Maria Soledad Pineiro Fuenzalida, Luis Moisés Aedo Mora.

**SINTESIS:** Defensor interpone recurso de amparo contra don Carlos Acosta Villegas, Juez de Garantía de Valdivia por rechazar infundadamente solicitud de discusión de procedimiento abreviado que contaba con el acuerdo de todos los defensores y se ajustaba en todos sus términos a derecho. A continuación se interpone reposición la que se rechaza en todos sus términos. Lo anterior vulnera las garantías constitucionales del debido procedimiento antes mencionadas, y los artículos 36 y 407 del CPP, lo que termina por deducir que la decisión es completamente ilegal por carecer de todo fundamento de hecho y de derecho, por lo que se acoge dicho recurso, debiendo agendar audiencia de procedimiento abreviado al tenor del artículo 407 del CPP en su oportunidad.

**TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, seis de agosto de dos mil dieciocho.

VISTOS.

Don Pablo Ardouin Bórquez, abogado de la Defensoría Penal Pública Mapuche, domiciliado en Beauchef 889, comuna y ciudad de Valdivia, por sus representados J.M.Q.C, C.H.A.V., J.C.G.M. y J.E.G.B., de acuerdo a lo dispuesto en el inciso final del artículo 21 de la Constitución Política de la República, interpone acción constitucional de amparo a favor de todos los imputados ya individualizados al inicio de esta presentación, acción que se dirige en contra del Juez de Garantía de Valdivia don Carlos Acosta Villegas, en base a los

siguientes antecedentes. Con fecha 14 de julio del año 2017, el imputado Jorge Godoy Barrientos, fue formalizado por el delito de Porte Ilegal de Arma de Fuego del artículo 9 de la ley N° 19.718, y robo con intimidación; con fecha 2 de noviembre de 2017, fue formalizado C.A. por el delito de robo con intimidación; con fecha 19 de noviembre de 2017 don Julio Godoy Miranda por el delito de robo con intimidación; con fecha 2 de marzo de 2018, don J.Q.C., por el mismo delito de robo con intimidación, todos en prisión preventiva. El 9 de abril de 2018, fracasó una audiencia para realizar un procedimiento abreviado, atendido que no se contaba con autorización del Fiscal Regional para dichos efectos, no realizándose petición alguna en dicha audiencia. Por tal motivo el día 19 de julio se presenta una solicitud por parte de la Fiscal Jefe de Valdivia doña Tatiana Esquivel, la cual contaba con el acuerdo de todos los defensores, para establecer una audiencia en que se discuta el procedimiento abreviado, el que a esa fecha cuenta con autorización del Fiscal Regional de Los Ríos, siendo rechazada dicha solicitud con fecha 23 de julio sin señalar fundamento legal alguno, y sólo amparada en el motivo que no se había llevado a efecto una audiencia del mismo tenor en el mes de abril del presente año. El día 25 de julio del presente, se interpone reposición, señalando el carácter de la solicitud de audiencia para debatir el procedimiento abreviado, el hecho de estar aprobado este procedimiento por el Fiscal Regional, de no tener propósitos dilatorios la solicitud planteada, y de ser una solicitud seria. Con fecha 27 de julio fue rechazado el recurso interpuesto señalándose lo siguiente: “No ha lugar al recurso de reposición, debido a que la audiencia de fecha 09 de abril de 2018, se había fijado para efectos de procedimiento abreviado, el que no se llevó a cabo por decisión de la Fiscalía, sin perjuicio de poder solicitarse nuevamente una vez cerrada la investigación y presentada la acusación del fiscal”. Lo expuesto anteriormente, denota la falta de fundamentación en resolución que niega la realización de una audiencia para debatir un procedimiento que pone término al juicio, de acuerdo a lo que dispone el artículo 36 del Código Procesal Penal, lo que constituye una garantía consagrada a favor de los imputados para conocer a cabalidad los motivos de una decisión jurisdiccional y que encuentra reconocimiento constitucional en el artículo 19 n°3 inciso 6° de la Constitución Política de la República. Dicho artículo 36, ya señalado, tiene el propósito de impedir las prácticas de fundamentación de resoluciones en términos formales, permitiendo a los intervinientes el saber “por qué” la magistratura resolvió en determinada forma. Que el Juez recurrido, para decretar la no citación a una audiencia para debatir el procedimiento ni siquiera hace mención a norma legal alguna, que lo faculte para rechazar tal decisión. De esta manera, no funda su decisión en argumentos legales, sino que lo funda en el hecho de haberse citado a los intervinientes a una audiencia de procedimiento abreviado, en que no se realizó petición alguna, con lo cual se aparta del mandato legal y constitucional, lo que acarrea la ilegalidad de la decisión. Más aún, considerando que el texto legal del artículo señala que se puede acordar en cualquier etapa del procedimiento, y se resolverá en audiencia la solicitud de procedimiento abreviado. En definitiva, resulta ilegal negarse a citar a una audiencia donde podría ponerse término al procedimiento, sin ser escuchados los argumentos de las partes en cuanto a la procedencia de esta tramitación conforme al Libro IV título III del Código Adjetivo Penal, obligando a que se siga tramitando este proceso por las reglas del juicio ordinario, constituyéndose en una violación del 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución de la Política de la República, afectando la seguridad individual de mis

representados al negarnos el procedimiento establecido en los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal sin fundamentación legal alguna., en relación a la garantía del 19 N° 7 de la Carta Magna. Por lo expuesto y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 19 n° 3 y 7, 21 de la Constitución Política de la República, artículos 36, 406 y siguientes todos del Código Procesal Penal, demás normas pertinentes, y a lo establecido en el auto acordado de la Excelentísima Corte Suprema, sobre tramitación y fallo del recurso de amparo, se sirva tener por interpuesta acción constitucional de amparo a favor de: J.M.Q.C., C.H.A.V., J.C.G.M. y J.E.G. y B., ya individualizados, acogerlo a tramitación y, en definitiva, solicitando a esta Ilustrísima Corte, que resolviendo que se acoge el recurso de amparo interpuesto. En consecuencia, se declare lo siguiente: Se deje sin efecto la resolución de 27 de julio de 2018, que rechazó el recurso de reposición interpuesto, disponiendo que se ordene citar a una audiencia de procedimiento a la brevedad posible, considerando la privación de libertad de todos los amparados, por haber sido decretada mediante una resolución que es ilegal por carecer de todo fundamento de hecho y derecho. Don Carlos Acosta Villegas, Juez Titular de Garantía de Valdivia, informa al tenor de la acción cautelar, señalando que el presente recurso de amparo no es más que un recurso de hecho, disfrazado de recurso de amparo, en atención a la inadmisibilidad de la apelación de la resolución que niega fijar un nuevo abreviado durante la etapa investigativa. En efecto, en causa RIT N° 6876-2017 (rol Hecho Corte N° 422-2018), se rechazó recurso de hecho de la resolución que declaró inadmisibile la apelación de la negativa a fijar nueva fecha de abreviado durante el procedimiento. Esta circunstancia incluso es reconocida por el recurrente en su presentación. En efecto, en este caso no se dan los presupuestos de la acción de amparo por cuanto los amparados se encuentran privados de libertad por estar acreditada la existencia del delito de porte ilegal de arma de fuego y robo con intimidación, existir presunciones fundadas de participación y por ser su libertad un peligro para la seguridad de la sociedad, lo que ha sido revisado incluso por esta Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia vía apelación, al menos respecto de dos imputados. En cuanto a esperar que la Fiscalía cierre la investigación y acuse por escrito afectaría su libertad al tener que permanecer más tiempo privados de libertad, eso no es así, por cuanto esto obedece a un actuar de la propia defensa la que, encontrándose en situación de apercebir al cierre de investigación, se desistió de esa petición en dos oportunidades (audiencia de fecha 24 de mayo y 28 de junio de este año), por [o que de haberse cerrado la misma los plazos de acusación y fecha de audiencia se encontrarían ya absolutamente acotados. No pasaría lo mismo con un eventual abreviado durante el procedimiento (audiencia la cual ya se llevó a cabo y no por desistimiento de la Fiscalía), ya que la fijación de ese tipo de audiencia no tiene plazo perentorio para ser fijada al contrario de una acusación escrita. Finalmente, hace presente que esta práctica de Fiscalía y Defensoría de solicitar audiencias de abreviado del artículo 407 del Código Procesal Penal (abreviado con acusación verbal durante la etapa de investigación), sin que éstas se concreten se torna habitual, ya que la mayor parte no se lleva a cabo, ya sea porque se desisten, los imputados no encuentran o simplemente no aceptan la propuesta ofrecida por la Fiscalía, siendo el costo de nivel de agendamiento altísimo. En efecto, dada la duración que puede tener una audiencia de esta naturaleza, es que se fijan dos de estas audiencias por bloque (cada bloque es de una hora), por lo que si no se llevan a cabo la pérdida de recursos, hora por persona, es muy

elevado, por lo que reagendar este tipo de audiencias incide directamente en tiempos de agendamiento de otras audiencias. Se trajeron los autos en relación. Y considerando: Primero: Que el recurso de amparo, previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, es una acción constitucional, cuyo propósito consiste en obtener de los Tribunales Superiores de Justicia, una tutela eficaz y eficiente para salvaguardar la integridad del derecho que la doctrina ha denominado libertad individual, para evitar una afectación antijurídica del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual de cualquier persona, siendo precisamente la antijuridicidad de la conducta el comportamiento que la acción constitucional referida intenta solucionar o revertir. Segundo: Que la recurrente expresa en su recurso que el acto ilegal del Juez de Garantía consistiría en no acceder a la fijación de una audiencia de procedimiento abreviado al tenor del artículo 407 del Código Procesal Penal y, en segundo lugar, que dicho rechazo no se efectuó en forma fundada, lo que vulnera el artículo 36 del mismo cuerpo legal, lo que, a su vez, conlleva la afectación de la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política. Tercero: Que el juez recurrido informa que no existe vulneración de la garantía fundamental invocada, al encontrarse los imputados privados de libertad por resoluciones judiciales confirmadas por esta Corte. Respecto a la exploración del procedimiento abreviado, dicha audiencia se puede realizar en la audiencia de preparación de juicio. Cuarto: Que de las resoluciones recurridas, se desprende que el juez de garantía no accedió a la fijación de una audiencia que se encuentra contemplada en el ordenamiento jurídico en el artículo 407 del Código Procesal Penal, que tiene por finalidad evitar la realización de un juicio oral, con los beneficios que conlleva al sistema procesal y a los intervinientes. Dicha negativa, se funda en temas de carácter administrativo, que no pueden ser impedimento que los imputados tengan la posibilidad de arribar a esta salida alternativa a un juicio, obteniendo una pena probable de menor entidad. Quinto: Que, por lo anterior, unido a que se cuenta con la autorización respectiva de la Fiscalía Regional para poder intentar finalizar la causa mediante este tipo de juicio, esta Corte considera que la solicitud de audiencia de abreviado se realiza de buena fe por los intervinientes y que la fecha anterior de la última audiencia es del 9 de abril, habiendo transcurrido por tanto casi 4 meses desde que se exploró en estrados, por lo que se concluye que se configura un eventual peligro para libertad individual al contar los imputados con la expectativa de obtener un pena de menor entidad a la que obtendrían en un juicio oral y una eventual pena sustitutiva a cumplir en libertad, poniéndose en riesgo por tanto, la garantía constitucional invocada. Y visto además lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se ACOGE el recurso de amparo interpuesto don Pablo Ardouin Bórquez, abogado de la Defensoría Penal Pública Mapuche, por sus representados Jesús Moisés Quevedo Cofré, Christopher Hugo Álvarez Vergara, Julio César Godoy Miranda, Jorge Enrique Godoy Barrientos, en contra del Juez de Garantía de Valdivia, don Carlos Acosta Villegas, debiendo agendar audiencia de procedimiento abreviado al tenor del artículo 407 del Código Procesal Penal en su oportunidad.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 3230-2018.

**Ruc:** 1701159743-2

**Delito:** Conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad.

**Defensor:** Pamela González Vásquez.

**8.- Acoge recurso de nulidad contra sentencia del Juzgado de Garantía de Valdivia por la que se condenó a un hombre como autor del delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, ordenando dictar sentencia de reemplazo. (CA De Valdivia 09.08.2018 rol 464-2018)**

**Normas asociadas:** CPP art.373 b; L18290 art.110; L18290 art.196; L18216 art.5.

**Tema:** Recursos; Ley de Tránsito

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Suspensión de licencia; Conducción en estado de ebriedad; Remisión condicional de la pena.

**Magistrados:** Mario Julio Kompatzki Contreras; Samuel David Muñoz Weisz; María Heliana De Los Ángeles Del Río.

**SINTESIS:** Defensora interpone recurso de nulidad contra sentencia que condena a M.M.O como autor del delito de manejo de vehículo motorizado en estado de ebriedad; en grado de consumado a la pena de cuarenta y un días de prisión en su grado máximo, -pena corporal sustituida por remisión condicional- más suspensión de licencia de conducir por cinco años, le concurre al condenado suspensión en procedimiento anterior, elemento que el Ministerio Público estima como suficiente para solicitar la imposición de la pena establecida en el artículo 169 de la Ley de Tránsito. La Corte acoge el recurso de nulidad estimando que el tribunal a quo incurre en un error de derecho, siempre que la correcta aplicación del artículo en cuestión requiere de la existencia de una decisión jurisdiccional previa, por lo que la concurrencia de una salida alternativa en procedimiento anterior no sería suficiente para la correcta aplicación de la norma, toda vez que en dicha oportunidad se dejó en suspenso la determinación de la responsabilidad penal del condenado. Se dicta sentencia de reemplazo en lo referente al plazo de suspensión de la licencia de conducir por el término de dos años. (Considerandos: 2, 3,4, 6)

**TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, nueve de agosto de dos mil dieciocho.

Visto:

Por sentencia de diecinueve de junio de dos mil dieciocho, dictada en procedimiento simplificado, emanada del Juzgado de Garantía de esta ciudad, se condenó a Miguel Ángel Manríquez Obando, como autor del delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, previsto y sancionado en los artículos 110 en relación con el artículo 196 inciso primero de la ley 18.290, en grado consumado, perpetrado en Valdivia el 3 de octubre de 2017, a la pena de cuarenta y un días de prisión en su grado máximo, accesorias de

suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, multa de dos Unidades Tributarias Mensuales y suspensión de licencia de conducir por cinco años, sin costas. Que la pena corporal le fue sustituida por la remisión condicional por el término de un año de conformidad a lo previsto en el artículo 5° de la ley 18.216.

En contra de la aludida sentencia el imputado, representado por la abogada Pamela González Vásquez, dedujo recurso de nulidad por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por estimar que se ha incurrido en errónea aplicación del artículo 196 inciso 1° de la ley 18.216, en lo que concierne al tiempo de suspensión de la licencia de conducir, pues el tribunal consideró como segunda oportunidad u ocasión los hechos de la presente causa en vinculación con una suspensión condicional del procedimiento, salida alternativa que suspende la investigación y el proceso penal, cuestión que impide tener certeza respecto del acaecimiento del hecho que sirve de sustento a la mayor sanción que se le impone en lo que se cuestiona por vía del presente recurso. Agrega, además, que tampoco sería posible considerar dicha suspensión condicional si ella fue posterior a los hechos que motiva la presente sentencia.

Considerando:

1.- Que a fin de resolver el presente recurso, conviene tener en consideración que ello nos lleva a determinar el sentido y alcance de la disposición que se denuncia como infringida en cuanto por ella se produce un aumento de la sanción relativa a la suspensión de la licencia de conducir, si con anterioridad el imputado ha sido objeto de otros “eventos” de igual naturaleza.

2.- Que la duda en la aplicación de la norma que legítimamente levanta la recurrente se produce como consecuencia de los términos que emplea el legislador al regular la materia en el artículo 196 inciso primero de la ley 18.290 al decir en lo atinente, “El que infrinja la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 110, cuando la conducción, operación o desempeño fueren ejecutados en estado de ebriedad, o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de dos a diez unidades tributarias mensuales, además de la suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados por el término de dos años, si fuese sorprendido en una primera ocasión, la suspensión por el término de cinco años, si es sorprendido en un segundo evento y, finalmente, con la cancelación de la licencia al ser sorprendido en una tercera ocasión, ya sea que no se ocasione daño alguno, o que con ello se causen daños materiales o lesiones leves. Se reputarán leves, para estos efectos, todas las lesiones que produzcan al ofendido enfermedad o incapacidad por un tiempo no mayor de siete días.”

3.- Que la correcta inteligencia de la disposición en análisis, nos lleva a sostener que no basta con la simple constatación de un hecho material, para considerar que este configura un primer segundo o tercer evento, particularmente cuando para que ello acontezca debe existir una decisión jurisdiccional que establezca fehacientemente el correlato entre la norma infraccionada y el hecho materia objeto de la denuncia, querrela o mera constatación.

4.- Que pensar la disposición en otro sentido, importa una flagrante confrontación con el sistema de garantías procesales que establece el régimen procesal penal actualmente imperante, basado en pilares como el debido proceso, sujeto a estrictas reglas en el juzgamiento, en el reconocimiento al derecho a la defensa, así como una manifiesta vulneración del principio de inocencia, más aun si se estima que en el caso concreto precisamente la salida alternativa ha dejado en suspenso todo lo relativo al establecimiento tanto del presupuesto factico del ilícito atribuido, como de la determinación de la participación punible que pudiera atribuírsele al sentenciado.

5.- Que entendidas las cosas en el alcance descrito precedentemente, no puede entonces concluirse que se ha incurrido en la conducta que agrava la sanción de suspensión de

licencia, sin que “eventos”, anteriores al hecho que se juzgan hayan sido indagados y sancionados penalmente.

6.- Que así las cosas el tribunal del grado ha incurrido en error de derecho al dar a la disposición en análisis una interpretación diversa, lo que ha redundado en la imposición de una pena mayor a la asignada por la ley al caso concreto.

7.- Que encontrándonos en la situación prevista en el artículo 385 del Código Procesal Penal y acorde lo que se dirá, corresponderá a esta Corte dictar sentencia de reemplazo en lo pertinente al vicio denunciado.

En consecuencia en mérito de lo señalado y atento lo dispuesto en el Artículo 372, 373 letras b) 384 del Código Procesal Penal y 196 inciso 1 ° de la ley 19.290;

**Se resuelve:**

Se acoge el recurso de nulidad interpuesto por la abogada Pamela González Vásquez en representación del sentenciado Miguel Ángel Manríquez Obando, y en consecuencia, se **anula** la sentencia de diecinueve de junio de dos mil dieciocho, emanada del Juzgado de Garantía de esta ciudad, solo en cuanto por ella se impone al mencionado imputado la sanción de cinco años de suspensión de su licencia para conducir, manteniéndose el referido laudo en todo lo demás. Díctese la sentencia de reemplazo que corresponda, de acuerdo al artículo 385 del Código Procesal Penal. Regístrese, comuníquese y archívese. Redacción del Ministro Sr. Samuel Muñoz Weisz

**SENTENCIA DE REEMPLAZO**

Valdivia, nueve de agosto de dos mil dieciocho.

Visto:

Se reproduce la sentencia de diecinueve de junio de dos mil dieciocho. Del mismo modo se reproducen los motivos tres, cuatro y cinco de la sentencia de nulidad.

Y se tiene además presente: Que no encontrándose establecido que el imputado hubiere sido sancionado con anterioridad al hecho materia de la presente causa, la pena de suspensión de licencia que le corresponde, procede imponerla en su mínimo, en los términos previstos en el artículo 196 inciso 1 ° de la ley 18.290. En consecuencia en mérito de lo razonado, y disposición citada, y sin perjuicio de las demás sanciones aplicadas en la sentencia de instancia, que se mantienen, se le impone al imputado M.M.O, cédula de identidad 15.54XXXX-7, **la suspensión de su licencia de conducir por el término de dos años**, por tratarse en la especie de la primera sanción por motivo del manejo en estado de ebriedad objeto de la presente condena, en calidad de autor de la misma.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción del Ministro Sr. Samuel Muñoz Weisz.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** O-11-2018.

**Ruc:** 1501192363-9

**Delito:** Violación de menor de catorce años.

**Defensor:** Juan Rodrigo Sáez Bertoline.

**9.- Rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa contra sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia que condenó a P.R.C como autor del delito de violación de menor de catorce años, se confirma la sentencia de primera instancia. (C.A De Valdivia 09.08.2018 rol 470-2018).**

**Normas asociadas:** CP art.362; CPP art.374 e; CPP art.342 c; CPP art.297; CPP art.373 b.

**Tema:** Recursos; Delitos sexuales; Prueba.

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Violación; Valoración de la prueba.

**Magistrados:** Juan Ignacio Correa Rosado; Marcia Undurraga Jensen; Gloria Edith Del Carmen Hidalgo Alvarez;

**SINTESIS:** El Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia condena a P.R.C a la pena de quince años de presidio mayor en su grado medio como autor del delito de violación de menor de catorce años. La defensa recurre de nulidad por el artículo 374 letra e) toda vez que, a su entender, el a quo dicta la sentencia con omisión de los requisitos del artículo 342 letra c) en relación al artículo 297, todos del CPP. En subsidio la defensa recurre de nulidad por el artículo 373 letra b). Finalmente la Corte está por rechazar el recurso de nulidad, desechando las dos causales invocadas; aduciendo que el tribunal de la instancia hace una correcta ponderación de la prueba, que le permite adquirir la convicción para tener por establecidos los delitos de violación reiterados y consumados; y que respecto a la causal subsidiaria los hechos probados encuadran con la calificación jurídica realizada por el Ministerio Público. (Considerandos: 1; 3; 5; 6; 8;)

#### **TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, nueve de agosto de dos mil dieciocho.

Vistos:

Que el veinticuatro de julio de dos mil dieciocho se realizó la audiencia respectiva para conocer el recurso de nulidad de la sentencia pronunciada por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, de veintitrés de Junio de dos mil dieciocho, que declara:

I.- Que se ABSUELVE a P.R.C., Cédula Nacional de Identidad N°6.192.XXX-X como autor del presunto delito de estupro, en carácter de reiterado, previsto y sancionado en el artículo 363 N°2 del Código Penal, presuntamente cometido respecto de la menor de iniciales C.P.B.R.

II.- Que, se CONDENAN a P.R. C., Cédula Nacional de Identidad N°6.192.XXX-X, a sufrir la pena de QUINCE AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MEDIO, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, en calidad de autor de los delitos consumados y reiterados de violación de menor de catorce años, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, perpetrados respecto de la víctima de iniciales C.D.L.R. desde el año 2009 hasta el año 2013, y respecto de la víctima de iniciales C.P.B.R. desde el año 2008 hasta el año 2014, ambas menores de 14 años al momento de los hechos, todos cometidos en la ciudad de Valdivia.

III.- Que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 372 del Código Penal, se condena al sentenciado a la pena de interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designa, si procediere y a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal. Esta sujeción consistirá en informar a Carabineros cada tres meses de su domicilio actual. El incumplimiento de esta obligación configurará la conducta establecida en el artículo 496 N°1 del Código Penal. Asimismo, se condena al sentenciado a la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.

IV.- Que, la pena impuesta será de cumplimiento efectivo, pues el sentenciado no cumple los requisitos para acceder a pena sustitutiva alguna de la Ley N°18.216, sirviéndole de abono todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, sujeto a la medida cautelar de arresto domiciliario parcial entre las 22:00 y las 6:00 horas, desde el día 30 de agosto de 2016 hasta el día 04 de octubre de 2016, fecha en la que se sustituyó por otras cautelares de menor intensidad y desde el día 20 de junio de 2018 hasta la fecha, sujeto a la medida de arresto domiciliario parcial, entre las 20:00 horas y las 8:00 horas del día siguiente. Total a la fecha 27 días.

V.- Que, se condena en costas al acusado. Se ordena el registro de la huella genética del sentenciado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley N°19.970. Devuélvase la documentación en su oportunidad. Regístrese, comuníquese al Juzgado de Garantía correspondiente para fines de su cumplimiento y archívese en su oportunidad. En contra de la sentencia el señor Juan Rodrigo Sáez Bertoline, abogado, defensor penal privado, en representación del condenado Pedro Gregorio Romero Castillo dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia y lo funda en la causal del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal. Pide se acoja el recurso, por la causal invocada y, en consecuencia, se anule la sentencia recurrida y el juicio oral y se ordene la remisión de los antecedentes al un tribunal no inhabilitado para que se disponga realizar un nuevo juicio; en subsidio, el recurso lo deduce invocando la causal de la letra b) del artículo 373 del mismo Código, para que se anule la sentencia condenatoria y se dicte una de reemplazo que aplique una condena inferior, por tratarse de un delito tentado de violación o un delito de abuso sexual consumado. En estrados la defensa del sentenciado hizo valer sus argumentos, analizando las razones que permiten declarar la nulidad de la sentencia, tanto de la primera causal como la segunda que se invoca en subsidio de la otra, como se detalla en el recurso. El Ministerio Público solicitó se rechace el recurso de nulidad por carecer de sustento legal. La sentencia se hizo cargo de toda la prueba. En la audiencia también alegó la apoderado de la querellante, quien pidió el rechazo del recurso.

Oídos los intervinientes y considerando:

Primero: Que la defensa funda su recurso, primeramente, en la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, porque la sentencia se dictó omitiendo los requisitos

expresados en la letra c) del artículo 342 del mismo Código, esto es, “La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables para el acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297;”. Sostiene la defensa que el Tribunal -en su sentencia- contradice los principios de la lógica, específicamente el principio de razón suficiente, que la prueba de cargo no cumple con el estándar y metodología de valoración que prescribe el artículo 297 del Código Procesal Penal y que contiene una fundamentación imposible de reconstruir lógicamente, ya que con los testimonios prestados en juicio no se logra acreditar la ocurrencia de los hechos punibles, en otras palabras, su fundamentación no permite la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar la decisión condenatoria. Segundo: Se tendrá presente -como se ha dicho en otras oportunidades que en nuestro sistema procesal penal impera el régimen de libertad en la apreciación de la prueba, por lo que el juez es soberano para atribuir mérito de convicción a cada probanza, según la credibilidad que le ilustre su prudencia, razón por la cual esta Corte no está autorizada a intervenir en la ponderación de la prueba que el sentenciador a-quo haya tenido a la vista. Así, en el conocimiento del presente recurso, este Tribunal se limitará a observar si los razonamientos de la sentencia recurrida -que le permitieron llegar a determinadas conclusiones probatorias- son compatibles con la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados y, por otra parte, si en su fundamentación se hizo cargo de toda la prueba rendida, todo ello conforme el artículo 297 del Código Procesal Penal.

Tercero: Que el examen de la prueba tiene el propósito de construir la convicción del Tribunal y no debe perderse de vista que en este proceso de análisis debe seguirse un orden lógico y que consiste, en esencia, que como cuestión primera debe analizarse por parte del sentenciador, la existencia del delito, es decir, constatar si ocurrió el hecho punible descrito por la ley, para después en una segunda etapa de análisis, una vez establecido que ocurrió el hecho tipificado por la ley como delito, proceder a calificar las probanzas orientadas a determinar la participación del o los responsables del ilícito.

Cuarto: Que en cuanto al motivo absoluto de nulidad, se debe tener presente que el tribunal de la instancia ha dado por establecidos delitos consumados y reiterados de violación de dos menores de 14 años, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, perpetrados respecto de la víctima de iniciales C.D.L.R. desde el año 2009 hasta el año 2013, y respecto de la víctima de iniciales C.P.B.R. desde el año 2008 hasta el año 2014, ambas menores de 14 años al momento de los hechos, cometidos en la ciudad de Valdivia y que el acusado actuó de manera directa e inmediata en su ejecución; y la infracción denunciada consiste en que hay insuficiencia en la justificación condenatoria, en circunstancias que el artículo 297 del Código Procesal Penal señala que es el tribunal el que debe valorizarla pudiendo apreciarla con libertad, sin más limitaciones de no contradecir principios de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos afianzados.

Quinto: En el caso que nos ocupa, en los motivos 6° y 7° de la sentencia, los jueces del tribunal oral realizan un análisis de la prueba, tanto la de cargo como aquella presentada por la defensa: la declaración de Catherine Soledad Villablanca Rojas, Oficial Policial la PDI, Reinaldo Federico Lorca Alva, empleado, padre de una de las víctimas, Carla Patricia Briso Romero, estudiante, una de las víctimas, K.D.C.T, estudiante, compañera de curso de una de las víctimas, C.D.L.R., estudiante, víctima y nieta del acusado, Yennil Karenth Lorena Romero Muzz, dueña de casa, hija del imputado, Yennifer Yessenia Olguin Muzzo, dueña de casa e Ignacio Javier Ulloa Campos, estudiante. También están los testimonios de los siguientes peritos: Leonel Flandes Silva, Médico Legista del Servicio Médico Legal y Marjorie Hernández Valle, psicóloga forense. Se añaden los de Camila Alejandra Llacaman Romero, estudiante, Phillips Andrés Romero Muzz, publicista, Claudia Alejandra Romero

Muzz, empresaria y Ester Amelia Romero Gaona, dueña de casa. También se incorporaron los testimonios de los siguientes peritos: Luis Felipe Díaz Buschnner, investigador y Verónica Ríos Mardones, psicóloga clínica y perito forense. Y realizado por los jueces el análisis y ponderación de la prueba vertida en estrado -motivos 9° y 10°- el Tribunal de Juicio Oral pudo determinar que la aportada al juicio fue capaz de destruir la presunción de inocencia, permitiendo adquirir la convicción para tener por establecidos los delitos de violación reiterados y consumados.

Sexto: Que, por lo expuesto, la prueba aportada por el Ministerio Público permitió causar al juzgador la convicción de la ocurrencia de los hechos punibles, reiterados, y la participación del acusado, en los términos que se indican en la misma sentencia; en concreto, el Tribunal determina de acuerdo a sus facultades que la prueba goza de la calidad valorativa para establecer la hipótesis de cargo, igual característica que el resto de las probanzas que pudieron corroborarla. Así, resulta que el fallo aparece dotado de una consistencia jurídica que permite razonar para arribar a la decisión condenatoria, concluyendo esta Corte que la sentencia no incurre en el primer motivo de nulidad denunciado. Séptimo: Que, por lo razonado precedentemente, no es posible acoger el recurso en virtud de la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal y, en consecuencia, se determina que el fallo de primer grado no ha incurrido en el primer motivo absoluto de nulidad.

Octavo: En subsidio, la defensa deduce el recurso invocando la causal del artículo 373 letra b) del mismo Código que señala: “Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: b) Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, precisando que la causal se configura por haberse establecido los delitos de violación, cuando en correcto derecho correspondía dictar sentencia absolutoria, o anular la sentencia condenatoria y dictar una de reemplazo que aplique una inferior, por tratarse de delitos tentados de violación o delitos de abuso sexual consumados, por lo que denuncia infringidos los artículos 7, 361, 362, 366 bis y 366 ter del Código Penal.

Noveno: En abono de su argumento la defensa afirma que en las consideraciones jurídicas que han servido de fundamento al tribunal a quo, se ha incurrido en una errada interpretación de los artículos 7, 361, 362, 366 bis y 366 ter del Código Penal, que condujeron a calificar erróneamente los hechos y circunstancias acreditadas como los delitos consumados de violación, en condiciones que de haber sido aplicadas correctamente las normas citadas, el acusado habría sido absuelto, o bien, en el peor de los casos, debieron haber sido calificados como una tentativa de violación un abuso sexual consumado.

Décimo: En este punto cabe tener presente que en la sentencia se pudo establecer los siguientes hechos:

#### HECHO 1:

Desde el año 2009 hasta el año 2013, el imputado P.R.C. accedió carnalmente, en reiteradas oportunidades, independientes unas de otras, a su nieta menor de edad de iniciales C.D.L.R., nacida el 18 de enero de 2001, Los hechos ocurrieron al interior de diversos domicilios que la víctima y su familia tuvieron en la ciudad de Valdivia, uno ubicado en calle XXXXXXXX N° 111 y otro en calle XXXXXXXX N° 215, villa Reina Sofía, lugares hasta donde el imputado llegaba de visita con la finalidad de ayudar a su hija en el cuidado de la víctima y sus demás hermanos.

Los hechos fueron reiterados y consistieron en penetraciones que este efectuó con su pene en la vagina y boca de la menor, ocasiones en que además le efectuaba tocaciones con sus manos en los genitales, glúteos y pechos.

#### HECHO 2:

Desde el año 2008 hasta el año 2014, el imputado P.R.C., accedió carnalmente, en reiteradas oportunidades, independientes unas de otras, a su nieta menor de iniciales

C.P.B.R., nacida el 15 de noviembre de 1998, Los hechos ocurrieron al interior de diversos domicilios que la víctima y su familia tuvieron en la ciudad de Valdivia, uno ubicado en calle XXXXXXXX N°111 y otro en calle XXXXXXXX N° 215, villa Reina Sofía, de la ciudad de Valdivia, lugares hasta donde el imputado llegaba de visita con la finalidad de ayudar a su hija en el cuidado de la víctima y sus demás hermanos. Los hechos fueron reiterados y consistieron en que el acusado instaba a la menor para que le lavara el pene y luego lo introducía en su boca, acción que fue acompañada de tocaciones con sus manos y pene en los genitales, glúteos y pechos de la menor.

Undécimo: Que el delito de violación en análisis está tipificado en el artículo 362 del Código Penal, cuyo tenor es el siguiente: “El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concorra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior.”.

Duodécimo: Que, en concordancia con aquello, la sentencia señala que la participación del acusado en estos hechos fue establecida a partir de los elementos de convicción que detalla, pues ambas víctimas fueron claras en sindicarlo como el autor de las agresiones sexuales descritas en el fundamento octavo de la sentencia pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de esta ciudad. De este modo, la versión de la inocencia del acusado fue descartada, en atención al cúmulo de elementos de convicción que demuestran que fue P.R. C. el autor de violaciones reiteradas en perjuicio de sus dos nietas, ocurridas cuando estaba a su cuidado y se quedaba a solas con ellas, descartándose, con su mismo mérito, que únicamente vino en dos oportunidades a Valdivia y que su relación con sus nietas fue esporádica o casi nula, como pretendió hacerlo ver al Tribunal, razones que también permiten a esta Corte determinar que la sentencia no incurre en el segundo motivo de nulidad denunciado.

Decimotercero: Que, en atención a lo expuesto, como en el caso que nos ocupa no hubo una errónea aplicación del derecho, se determina que la sentencia recurrida tampoco ha incurrido en el motivo absoluto de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, que permita anularla. Por estos motivos y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 372, 373, 374, 375 y 384 del Código Procesal Penal, se **rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa en contra la sentencia pronunciada por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, el veintitrés de junio de dos mil dieciocho, sentencia que no es nula.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:**

**Ruc:**

**Delito:** Tráfico ilícito de drogas.

**Defensor:** Hardy Grothe Poblete.

**10.- Acoge recurso de amparo en contra de la sentencia de la Comisión de Beneficio de Libertad Condicional, quien había denegado el beneficio de libertad condicional, vulnerando el derecho a la libertad personal por considerar que no cumplía con los requisitos establecidos en la ley (CA de Valdivia 13.08.2018 Rol 46 – 2018).**

**Normas asociadas:** DL 321 art.2; DL 321 art.5°; CPR art.21, CPR art.19 n°7.

**Tema:** Recursos; Principios y garantías del sistema procesal en el CPP.

**Descriptor:** Abono cumplimiento de la pena; Acciones constitucionales; Constitución Política; Recurso de amparo.

**Magistrados:** David Muñoz Weisz, María Heliana De Los Ángeles Del Río y Claudio Roberto Novoa Araya.

**SINTESIS:** Acoge recurso de nulidad en contra de la sentencia de la Comisión de Beneficio de Libertad Condicional, quien había denegado el beneficio de libertad condicional, vulnerando el derecho a la libertad personal por considerar que no cumplía con los requisitos establecidos en la ley, estando habilitado para postular al beneficio desde el 1° semestre, habiendo cumplido condena, aprendió un oficio y asistió con regularidad a los establecimientos educativos.

**TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, trece de agosto de dos mil dieciocho.

Visto: Con fecha 9 de julio de 2018 HARDY GROTHE POBLETE, abogado Defensor Penal Público Penitenciario, domiciliado en calle Eleuterio Ramírez N°1116, oficina 302, de la ciudad de Osorno, dedujo acción de amparo constitucional, en modalidad correctiva, en favor del condenado H.M.M.G., cédula de identidad N° 12.XXX.XXX-X, en contra de la resolución de fecha 02 de mayo de 2018, dictada por la COMISIÓN DE LIBERTAD CONDICIONAL correspondiente a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, toda vez que esta denegó la concesión del beneficio de libertad condicional al amparado, por considerar que éste no cumplía con el requisito del tiempo mínimo exigido por el legislador para optar a tal beneficio, resolución infundada y arbitraria, por tanto ilegal, y que ha afectado su libertad individual. Pretende se revoque dicha resolución y en su lugar se disponga la concesión del beneficio de libertad condicional al amparado. Fundó su

pretensión en que Martínez Gallardo fue condenado a sufrir una pena de 8 años de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales, como autor de un delito de Tráfico ilícito de drogas, en causa RIT 51-2014 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno. La fecha de inicio de condena es el día 13 de agosto de 2014, y la de término el 27 de julio de 2021. Agregó que el amparado cumple la mitad del tiempo de su condena el día 26 de noviembre de 2018. Por lo tanto, en principio, le hubiere correspondido postular al proceso de Libertad Condicional del Segundo Semestre del año 2018. No obstante, lo anterior, el amparado registra a su favor 6 meses de rebaja de condena por calificación de comportamiento “Sobresaliente”, en virtud de lo dispuesto en la ley n.º 19.856 que “Crea un Sistema de Reinserción Social de los Condenados sobre la Base de la Observación de Buena Conducta”. Por lo tanto, su fecha de cumplimiento o término de condena, considerando la rebaja de tiempo de privación de libertad, corresponde al día 27 de enero del año 2021. La Comisión de Libertad Condicional sesionó el día 02 de mayo de 2018, para conocer las postulaciones del primer semestre del año 2018 de los internos del Centro de Educación y Trabajo (C.E.T.) de Osorno; oportunidad en que conoció los antecedentes de Martínez Gallardo, denegándole el otorgamiento de la libertad condicional. En lo pertinente, la resolución recurrida señala: “... 2º.- Que de lo informado por Gendarmería consta que el condenado no cumple con el plazo mínimo exigido por el legislador para optar al beneficio impetrado, establecido en el artículo 4 inciso final del Decreto Ley y artículo 24 del Reglamento. 3º.- Que, atendido a lo razonado y no obstante la sugerencia del Tribunal de Conducta respectivo en cuanto a otorgarle este beneficio, sólo cabe concluir que la concesión del mismo no es procedente, dado el incumplimiento expresado en el numeral anterior. Y visto lo dispuesto en el Decreto Ley N° 321, se resuelve que se deniega el beneficio de libertad condicional al condenado Martínez Gallardo, Héctor Marcelo, cédula nacional de identidad 12.339.848-3, quien cumple su condena en Centro de Educación y Trabajo de Osorno”. Señaló que el artículo 2º del D.L. 321 de 1925, que rige el otorgamiento para otorgar la libertad condicional, prescribe que todo individuo tiene derecho a que se le conceda su libertad condicional siempre que cumpla con los requisitos legales que el mismo precepto señala, los cuales, atendido su indiscutible carácter objetivo, son fácilmente verificables. Estos requisitos son: a. Haber cumplido la mitad del tiempo de condena impuesto por sentencia definitiva. Si hubiere obtenido, por gracia, alguna rebaja o se le hubiere fijado otra pena, se considerará ésta como condena definitiva. b. Haber observado una conducta intachable en su período de privación de libertad; c. Haber aprendido bien un oficio, si hay talleres donde cumple su condena; d. Haber asistido con regularidad y provecho a la Escuela del Establecimiento Penal. En el caso de autos, la Comisión de Libertad Condicional dio por cumplidos, respecto del amparado, los requisitos de conducta, asistencia a la escuela y aprendizaje de un oficio. Asimismo, la Comisión señaló que don H.M.M.G. no contaba con el plazo mínimo, exigido por el legislador, para poder optar a la libertad condicional. Sin embargo, su representado cumple cabalmente todos los requisitos exigidos en el artículo 2 del D.L. 321 de 1925, incluido el requisito del plazo o tiempo mínimo. A saber: a) Haber cumplido el tiempo mínimo (artículo 2 N° 1, en relación al artículo 3° inciso 3° y artículo 4° inciso final del D.L. 321, y artículo 5° de la Ley N° 19.856). Al respecto, debemos señalar que el amparado cumplirá el día 26 de noviembre de 2018 los dos tercios del tiempo de su condena, por lo que, en principio, pareciera que la Comisión

de Libertad Condicional estuvo en lo correcto al señalar que el amparado no cumplía con este requisito, ya que a éste le correspondía postular a la Libertad Condicional en el Segundo Semestre del año 2018. Sin embargo, la recurrida no tuvo en consideración que mi representado contaba con 6 meses de rebaja de pena por contar con un comportamiento calificado como “sobresaliente”, conforme al Acta N° 9 de fecha 22 de noviembre de 2017, de la Comisión de Beneficio de Reducción de Condena. Por este motivo, haciendo aplicación a lo dispuesto en artículo 5°, inciso segundo, de la Ley n.° 19.856, el amparado se encontraba habilitado para postular a la Libertad Condicional en el Primer Semestre del año 2018, toda vez que dicha norma señala: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, quienes hubieren demostrado el comportamiento a que alude el inciso precedente, estarán habilitados para postular al régimen de libertad condicional en el semestre anterior a aquel en que les hubiere correspondido hacerlo conforme al Decreto Ley N° 321, de 1925, y su reglamento”. Por lo tanto, al contar Martínez Gallardo con el beneficio de Reducción de Condena de la ley n.° 19.856, se encontraba habilitado para postular a la libertad condicional de manera anticipada (Primer Semestre del año 2018), y cumpliendo éste con todos los requisitos establecidos por el legislador, la Comisión necesariamente debió haberle otorgado su libertad condicional. Esto es así, ya que entender que un condenado pueda postular a la Libertad Condicional en el semestre anterior al que le hubiese correspondido (por aplicación de lo dispuesto en el artículo 5 de la ley N° 19.856), y posteriormente le sea rechazada su postulación por no cumplir con el tiempo mínimo, resulta abiertamente contradictorio con el espíritu del legislador, quien buscó entregar a los condenados con comportamiento sobresaliente, la posibilidad de ver reducidas sus condenas y permitirles acceder anticipadamente a la Libertad Condicional. Para este mismo efecto, se debe tener presente lo prescrito en el artículo 4° inciso final del D.L. 321, el cual faculta a la Comisión para conceder la Libertad Condicional a aquellos internos que cumplan el tiempo mínimo de su condena en los dos meses siguientes a los indicados en el inciso primero. Es decir, respecto de los condenados que son postulados en el Primer Semestre del año, la Comisión les puede conceder la libertad condicional a los internos que cumplen su tiempo mínimo durante los meses de mayo y junio de dicho año; y respecto de los condenados que son postulados durante el Segundo Semestre del año, la Comisión les puede otorgar la libertad condicional a los internos que cumplen su tiempo mínimo durante los meses de octubre y noviembre del mismo año. b) Haber observado una conducta intachable en el establecimiento penal en que cumple su condena, según el Libro de Vida que se le llevará a cada uno. Respecto al requisito de haber observado una conducta intachable en el establecimiento penal en el que cumple su condena, el amparado lo cumple a cabalidad, toda vez que cuenta con conducta calificada como MUY BUENA desde 19 bimestres antes a la fecha en que sesionó la Comisión. Es así como el amparado cuenta con una conducta calificada con la nota máxima, y ésta se mantiene, incluso, más allá de la época de postulación a la Libertad Condicional. c) Haber aprendido bien un oficio, si hay talleres donde cumple su condena. Respecto a este requisito, el amparado trabaja en el Centro de Educación y Trabajo de Osorno (CET) en el área de compras al exterior del establecimiento y, anteriormente, se desempeñó en el área de cecinería de la misma unidad penal, con un desempeño calificado como “muy bueno” en ambas áreas. d) Haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas

que se dicten, entendiéndose que no reúne este requisito el que no sepa leer y escribir. El amparado se encuentra eximido de este requisito, toda vez que tiene aprobada la Enseñanza Media completa, en la modalidad Humanístico Científica. De esta forma el amparado cumple cabalmente con los 4 requisitos exigidos en el artículo 2 del D.L. 321 de 1925 para poder otorgar la libertad condicional a un condenado, por lo que su rechazo por parte de la Comisión de Libertad Condicional constituye un actuar arbitrario e ilegal que urge enmendar conforme a Derecho. Oportunamente se emitió informe por parte de los integrantes de la comisión recurrida, quienes solicitaron su rechazo fundado en que al momento de analizar la postulación del recurrente el antecedente de la rebaja de condena de 6 meses con el cual fue favorecido en su oportunidad no fue destacado en forma expresa y categórica por el CET de Osorno en orden a justificar su postulación anticipada. Por ello la Comisión no tuvo otra alternativa que denegar la concesión del beneficio de libertad condicional a Martínez Gallardo por no cumplir con el tiempo mínimo exigido por los artículos 2 y 4 inciso final del DL 321 y artículo 24 de su Reglamento. Se agregó extraordinariamente el recurso para su vista. Considerando: PRIMERO: Que el recurso de amparo, previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, es una acción constitucional, cuyo propósito consiste en obtener de los Tribunales Superiores de Justicia, una tutela eficaz y eficiente para salvaguardar la integridad del derecho que la doctrina ha denominado libertad individual, para evitar una afectación antijurídica del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual de cualquier persona, siendo precisamente la antijuridicidad de la conducta el comportamiento que la acción constitucional referida intenta solucionar o revertir. SEGUNDO: Que, el recurrente dirigió su acción en contra de la Comisión de Beneficio de Libertad Condicional que sesionó el 2 de mayo de 2018, en la cual se resolvió denegar dicho beneficio a su representado Héctor Marcelo Martínez Gallardo. Invocó para recurrir el artículo 19 n.º 7 de la Constitución Política de la República, esto es, el derecho a la libertad personal, la que se vulneró con la resolución recurrida. TERCERO: Que, de acuerdo con los antecedentes acompañados, con fecha 2 de mayo del 2018 se reunió la Comisión de Libertad Condicional para evaluar los antecedentes de los condenados que postulan a tal beneficio, entre los cuales se contaba al recurrente. La Comisión estimó por el contrario, que el condenado no reúne el requisito relativo al tiempo mínimo de cumplimiento de condena que debe reunir el solicitante del beneficio. CUARTO: Que del mérito de los antecedentes incorporados por el recurrente se colige que el amparado fue condenado a sufrir una pena de 8 años de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales, como autor de un delito de tráfico ilícito de drogas, iniciando a cumplir dicha condena con fecha 13 de agosto de 2014 y cuyo término lo es el día 27 de julio de 2021. Ello se acredita con el documento "Cómputos, Héctor Marcelo Martínez Gallardo" de 2 de septiembre de 2014 emanado de Gendarmería de Chile. Siendo así, los dos tercios de la condena se verifican el 26 de noviembre de 2018. QUINTO: Que, sin embargo y atento lo dispuesto en el artículo 5º de la ley 19.856, y habida consideración que al condenado le han sido reconocidos 6 meses de rebaja de su condena, la cual se halla acreditado con la documental consistente en Formulario Consolidado de Postulación al Proceso de Libertad Condicional de fecha 27 de marzo de 2018, necesario es concluir que el sentenciado se encontraba habilitado para ser postulado el 1º semestre como se alegó por el recurso. SEXTO: Que de esta forma cabe dar por concurrente respecto del

amparado el requisito relativo al tiempo mínimo de cumplimiento de condena que establece el artículo 2 del DL 321. En lo que respecta a las demás exigencias concernientes a haber observado una conducta intachable en el establecimiento penal en que cumple condena, el haber aprendido bien un oficio y haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten, sin perjuicio que tales requisitos no fueron objeto de reproche alguno por parte de la Comisión. Y visto además lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se declara que SE ACOGE el recurso de amparo interpuesto por H.M.M.G. en contra de la Comisión de Libertad Vigilada, que en sesión del 2 de mayo de 2018 resolvió no acoger la solicitud del recurrente y, en su lugar, se le otorga el beneficio de la libertad condicional impetrado, debiendo seguirse a su respecto el procedimiento establecido en la ley y en el reglamento para la materialización del mencionado beneficio.

**Tribunal:** Corte De Apelaciones de Valdivia.

**Rit:**

**Ruc:**

**Delito:** Estupro reiterado y abuso sexual impropio.

**Defensor:** Hardy Grothe Poblete.

**11.- Rechaza recurso de amparo que se interpuso en contra de la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones por estar el imputado con beneficio de reducción de condena en una de las penas de uno de los delitos cometidos, más no cumpliéndose el tempo en el requisito de delito de abuso sexual impropio. (CA de Valdivia 14.08.2018 Rol 47 – 2018 AMP)**

**Normas asociadas:** DL 321 art.2; CPR art.21; CP art.74; CP art 366 bis.

**Tema:** Recursos; Principios y garantías del sistema procesal en el CPP.

**Descriptor:** Abono de cumplimiento; Cumplimiento condena; Recurso de amparo.

**Magistrados:** Samuel David Munoz Weisz, María Heliana De Los Ángeles Del Rio Tapia, Juan Carlos Vidal Etcherry.

**SINTESIS:** Defensor interpone recurso de amparo en contra de sentencia que rechazaba rebaja de pena de la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Valdivia, que rechazó el derecho de cumplir la pena en libertad condicional. El imputado se encontraba cumpliendo la pena de tres delitos de estupro, a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, y como autor del delito de abuso sexual impropio a la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo. El amparado contó con beneficio de reducción de condena del artículo 5 de la Ley N° 19.856 equivalente a 4 meses. que se encuentra cumpliendo la pena más grave, esto es la de 5 años y un día por los tres delitos de estupro, respecto de las cuales cumpliría con el requisito estipulado en la ley, pero no así respecto de la pena de tres años y un día por delito de abuso sexual impropio. En conclusión, se rechaza el recurso de amparo por no cumplir con el tiempo mínimo para acceder a la libertad condicional previsto en el artículo 3° inciso tercero del D.L. N° 321 ni aún con la rebaja de condena que lo beneficia.

**TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, catorce de agosto de dos mil dieciocho.

VISTOS: Don Hardy Grothe Poblete, abogado, presentó recurso de amparo a favor del condenado M.E.G.J., 30 años de edad, en contra de la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Valdivia, entidad que rechazó el derecho del amparado a cumplir la pena en libertad condicional, resolución que vulneraría el derecho constitucional establecido en el artículo 19 N°7 de la Constitución Política de la República, relativo a la libertad personal y seguridad individual, garantías cauteladas por la acción de amparo

prevista en el artículo 21 de la Carta Fundamental. Indica que su representado cumple condena en el Centro de Educación y Trabajo de Osorno por los delitos de estupro reiterado y abuso sexual impropio. El tiempo de cumplimiento se inició el 17 de octubre de 2014 y la fecha de término se cumple el 20 de octubre de 2022, mientras que el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional se verifica el día 20 de octubre de 2018. Agrega que el condenado registra 4 meses de rebaja de condena por calificación de comportamiento sobresaliente por lo que la fecha de cumplimiento de condena corresponde al 20 de junio del año 2022 y, por ende, se encontraba facultado para postular al proceso de libertad condicional correspondiente al primer semestre de 2018, conforme lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2° de la Ley N° 19.856. Indica que no obstante lo expuesto, la Comisión recurrida estimó que el amparado no cumplía con el plazo mínimo exigido por el legislador para optar al beneficio. Sostiene que la conducta del amparado como interno ha sido intachable, pues mantiene conducta muy buena en los últimos trece bimestres anteriores a la postulación. Indica que su representado se encuentra cursando tercer año de la carrera de Ingeniería en ejecución en Agronomía, en el Instituto Profesional “Adolfo Mathei” de Osorno. Refiere que el amparado trabaja en el Centro de Educación y Trabajo de Osorno en el área de invernaderos, con un desempeño calificado como “muy bueno”, por lo que estima cumple todos los requisitos exigidos en el artículo 2° del Decreto Ley 321 para acceder a la libertad condicional. Cita jurisprudencia en apoyo a sus asertos. En definitiva, solicita se deje sin efecto la referida resolución que rechazó su petición de libertad condicional, disponiéndose, en su lugar, su otorgamiento. En los folios N° 11.204, 11.412, 12.892 y 13.196 rolan informes de los integrantes de la Comisión quienes señalan, en síntesis, que cuando sesionó la Comisión de Libertad Condicional no se contó con el antecedente de la rebaja de condena, ni ello fue destacado por el Centro de Estudio y Trabajo, por lo que se debió rechazar la propuesta al no cumplir el tiempo mínimo exigido por la ley. Se ordenó traer los autos en relación. CONSIDERANDO: PRIMERO: Que el recurso de amparo, previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, es una acción constitucional, cuyo propósito consiste en obtener de los Tribunales Superiores de Justicia, una tutela eficaz y eficiente para salvaguardar la integridad del derecho que la doctrina ha denominado libertad individual, para evitar una afectación antijurídica del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual de cualquier persona, siendo precisamente la antijuridicidad de la conducta el comportamiento que la acción constitucional referida intenta solucionar o revertir. SEGUNDO: Que, sin perjuicio de lo anotado en lo expositivo de este fallo, es necesario dejar asentado que M.E.G.J. fue condenado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno como autor de tres delitos de estupro, a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, y como autor del delito de abuso sexual impropio, a la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo. Registra como fecha de inicio para el cumplimiento el 17 de octubre de 2014 y la de término de la condena, el 20 de octubre de 2022, verificándose el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional el 20 de octubre de 2018. El amparado cuenta con el beneficio de reducción de condena del artículo 5 de la Ley N° 19.856 durante los periodos 2016 y 2017, que equivalen a 4 meses de rebaja, registrando como mitad de la condena el 19 de octubre de 2018. La Comisión recurrida rechazó la libertad condicional pretendida por el amparado por no cumplir con la exigencia de tiempo mínimo TERCERO:

Que, la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno ordenó que las penas sean cumplidas en orden sucesivo, comenzando por la más grave, conforme lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal, por lo que el amparado se encuentra actualmente cumpliendo la pena de 5 años y un día por los tres delitos de estupro, respecto de los cuales tendría cumplida la exigencia de tiempo mínimo, pero no así respecto de la pena de tres años y un día por el delito de abuso sexual impropio, al no haber iniciado su cumplimiento. En consecuencia, no se cumple con el tiempo mínimo para acceder a la libertad condicional previsto el artículo el artículo 3° inciso tercero del D.L. N° 321, ni aun con la rebaja de condena que lo beneficia.

CUARTO: Que, de ese modo, a la fecha en que se dio inicio al proceso administrativo de solicitud de libertad condicional correspondiente al primer semestre del 2018, la exigencia de cumplimiento de la mitad de la condena por el los tres delitos de estupro y de los dos tercios de la pena por el delito previsto y sancionado en el artículo 366 bis del Código Penal, resultaba indispensable para resolver favorablemente dicha petición y, así las cosas, no cumpliéndose ese extremo en la especie, se encuentra ajustada a derecho la decisión que por esta vía se impugna. Por lo expuesto, normas citadas, y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se RECHAZA el recurso de amparo interpuesto a favor de Manuel Esteban Garcés Jiménez

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 73-2018.

**Ruc:** 1700367991-8.

**Delito:** Tráfico Ilícito de Drogas.

**Defensor:** Felipe Andrés Saldivia Ramos.

**12.- Rechaza recurso de nulidad deducido contra sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia por la que se condena a D.T.A a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autora del delito consumado de tráfico ilícito de drogas; sin considerar la aminorante del artículo 11 n° 9 del CP, aun cuando la imputada habría prestado declaración. (CA Valdivia 24.08.2018 rol 73-2018)**

**Normas asociadas:** L20000 art.1; L20000 art.3; CPP art.373 b; CP art.11 N°9.

**Tema:** Recursos; Ley de tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias sicotrópicas; Recursos; Circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal.

**Descriptor:** Tráfico Ilícito de Drogas; Recurso de nulidad; Colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos.

**Magistrados:** Luis Moises Aedo Mora; María Heliana De Los Ángeles Del Río; Juan Carlos Vidal Etcheverry.

**SINTESIS:** Por sentencia del 30 de junio de 2018 el Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia condena a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo a D.T.A como autora del delito de tráfico ilícito de drogas en grado de consumado. Ante lo cual la defensa recurre de nulidad por el artículo 373 letra b) señalando que el a quo efectuó una errónea aplicación del derecho; al no considerar la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos del artículo 11 N° 9 del CP. Toda vez que la imputada habría prestado declaración con orientación auto inculpatoria en el procedimiento. La Corte rechaza el recurso de nulidad aduciendo que para la correcta aplicación de la atenuante se requiere que la conducta de la imputada haya sido esclarecedora, esto es, que revele hechos nuevos y desconocidos y que además sea sustancial en cuanto sea determinante para que el juez tenga por establecida la veracidad de los hechos; cuestiones que no se evidencian con la declaración de la imputada.

**TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho.

VISTOS:

En estos autos R.U.C. N°1700367991-8, R.I.T. N°O-73-2018, del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Valdivia, que incide en Recurso de Nulidad Ingreso Corte N°492-2018, por sentencia de treinta de junio de dos mil dieciocho, se condenó a la acusada, D.T.A, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más multa de cuarenta Unidades Tributarias Mensuales y a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, así como a la de inhabilitación absoluta para

profesiones titulares mientras dure la condena, por su responsabilidad como autora del delito consumado de Tráfico Ilícito de Drogas, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación con el artículo 1°, ambos de la Ley N°20.000, perpetrado el día 20 de abril de 2017, en la ciudad de Valdivia.

Don Felipe Andrés Saldivia Ramos, abogado, Defensor Penal, en representación de la condenada, interpuso recurso de nulidad en contra de la referida sentencia, fundado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal. En el cuerpo de su presentación resume las circunstancias y antecedentes que motivaron la causa seguida contra su representada y consigna la decisión del Tribunal, que estima sería constitutiva del vicio de nulidad alegado.

Califica de errónea la decisión del Tribunal de rechazar la concurrencia de la atenuante en cuestión, recogida en el considerando décimo cuarto número tres del fallo, por haber apreciado que la colaboración del acusado no era sustancial, basado en una conceptualización de aquella cualidad como sinónimo de “determinante y crucial para la determinación (sic) del hecho punible y su participación, la que fue establecida en el mismo momento del hallazgo de la droga en su poder el día de su detención”. Seguidamente, apoyado en la sentencia que busca invalidar, sostiene que el Tribunal menciona que la citada atenuante lo que en verdad exige es una conducta esclarecedora, que revele hechos nuevos y hasta ese momento desconocidos, así como que sea sustancial, en cuanto sea determinante para que el juez tenga por establecida la veracidad de los hechos de la acusación fiscal, así como la participación que cupo a la imputada en ellos, habiéndose apoyado al efecto los Sentenciadores en un fallo de la Excm. Corte Suprema, dictado en causa Rol N°6.204-2009, de 17 de junio de 2011, que, si bien sirve para afirmar el alto estándar impuesto para dar por concurrente la minorante, a su entender genera una postura errada en quienes resuelven, ya que más que sustancial, parece estar exigiendo una colaboración esencial más otros aspectos que son propios de la cooperación eficaz del artículo 22 de la Ley N°20.000.

Plantea que, a su parecer, la correcta interpretación de la mentada atenuante ha sido desarrollada por la doctrina nacional, debiendo entenderse en los siguientes términos:

- 1.- Las circunstancias de los numerales 7, 8 y 9 del artículo 11 del Código Penal son atenuantes extrínsecas (al hecho punible) y relativas al comportamiento posterior (al hecho punible) del imputado.
- 2.- Las circunstancias de los numerales 8 y 9 del artículo 11 del Código Penal tienen como contexto necesario el proceso penal.
- 3.- La doctrina tradicional entiende que la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 9 se identifica con un incentivo político criminalmente motivado a la facilitación del juzgamiento conducente a una decisión judicial de condena. Pero esta tesis es insostenible en la actualidad frente a definiciones básicas del ordenamiento jurídico nacional establecidas en los artículos 93 g), 98 y 340 del Código Procesal Penal.
- 4.- Bajo el derecho actualmente vigente en el N° 9 del art. 11 del Código Penal se encuentra reconocida una atenuante referida a una contribución probatoriamente relevante por parte del imputado, en contraposición, la atenuante del N° 8 del mismo art.11, también referida al comportamiento procesal del imputado, halla su fundamento en una facilitación de la persecución por parte del mismo, de índole puramente factual.
- 5.- Parece manifiestamente equívoco identificar el fundamento de la atenuante del art. 11 N° 9 con un incentivo dirigido al imputado, en orden a que éste facilite el accionar de la justicia por la vía de emitir una declaración auto inculpatória, y ya en términos tales que el carácter sustancial de la colaboración así efectuada hubiera de depender del hecho de que su declaración resulte indispensable para fundamentar la eventual decisión condenatoria.

6.- Que se trate de una colaboración con relevancia probatoria no debe ser interpretado restrictivamente, en el sentido que el imputado tendría que proporcionar, por sí mismo, uno o más medios de prueba que lleguen a sustentar, siquiera parcialmente, la decisión condenatoria. Pues es a todas luces suficiente que el imputado suministre antecedentes que hayan de conducir a la obtención de elementos probatorios en los cuales pueda sustentarse la sentencia.

7.- Precisamente una comprensión de los presupuestos de la atenuante como la recién reseñada fue hecha suya por la Corte Suprema en un relevante pronunciamiento del 29 de abril de 2011, rol N° 7.153-10, en los siguientes términos:

«Que, acorde a lo anterior, como se expresa en la sentencia, entre los antecedentes inculpativos que cobran relevancia al momento de arribar a la decisión condenatoria, se recurre a la querrela del Servicio de Impuestos Internos, que materializa la imputación delictiva que se construye sobre la base de antecedentes documentales que el propio imputado aportó, un informe pericial que se confecciona a partir de la documentación contable del contribuyente, que él mismo adjunta y que permitió desentrañar las irregularidades tributarias que consigna la decisión. También se incorporan los testimonios de supuestos proveedores que desconocen la relación comercial que los vincula al inculpativo, datos que también se corroboran a partir de anotaciones y respaldos que consigna en su contabilidad» (considerando 5°).

«Que, como se anticipó, la minorante consagrada en el literal 9° del artículo 11 del Código Penal procede en el evento que la colaboración del inculpativo haya sido de relevancia para la clarificación del suceso. De esta suerte, en este caso, la contribución del encartado expresa una voluntad de participación en la entrega de información, aún [sic] cuando haya negado intervención punible en los hechos» (considerando 6°).

8.- Respecto a la "sustancialidad" o "esencialidad" de la colaboración, se debe descartar la pertinencia de la fórmula de la supresión mental hipotética para la determinación del carácter sustancial que ha de exhibir la colaboración del imputado. Nada inconsistente hay en que la contribución del imputado pueda representar una colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos si, tanto para la determinación del hecho punible como para la determinación de las personas responsables del mismo, el tribunal llega a disponer de medios de prueba que descansan en antecedentes distintos de los aportados por el imputado. Pues los adjetivos: "sustancial" e "imprescindible" están lejos de constituir términos sinónimos.

Finaliza, sosteniendo que los razonamientos expresados implican rechazar la fundamentación esgrimida por el Tribunal, que se basan en la supresión mental hipotética y el carácter de esencial de la colaboración, visión, su modo ver, anquilosada e incompatible con el proceso penal chileno. Así dice la sentencia que se recurre: «su disposición no fue permanente en todas las etapas del juicio, ni tampoco su testimonio fue relevante para esclarecer algún hecho, pues todo fue suficientemente acreditado con la prueba fiscal»; asimismo, determina el modo cómo aquello incidió sustancialmente en lo resolutivo del fallo, al haber significado la imposibilidad para su defendida de serle reconocida una aplacatoria adicional a la del artículo 11 N°6 del Código Penal, trayendo aparejada una penalidad superior a la que era posible de acogerse, es decir, una de tres años y un día de presidio menor en grado medio. Por lo que aspira a que se acoja la causal invocada, procediendo a declarar la nulidad de la sentencia y a dictar, sin nueva audiencia, pero separadamente, una sentencia de reemplazo que se conforme a la ley, imponiendo una pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo o cualquier cuantía dentro de este tramo, es decir, inferior en grado a la que se fijó en el fallo recurrido.

**OÍDOS Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el motivo de nulidad deducido en el recurso por la Defensa de la condenada pretende la anulación de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de

Valdivia, por haber incurrido los sentenciadores en el vicio de nulidad contemplado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, por haberse efectuado en la sentencia una errónea aplicación del derecho en lo que toca al artículo 11 N°9 del Código Penal, indicando que ello influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en base a los argumentos expuestos ya en la parte expositiva del presente.

**SEGUNDO:** Que, atendido el tenor de la causal ejercida, resulta conveniente resaltar que, según la doctrina, esa transgresión puede ocurrir de las siguientes formas: contraviniendo la ley formalmente, interpretándola erróneamente o haciendo una falsa aplicación de ella. Además, conforme al principio de trascendencia, imperante en toda nulidad, la infracción de ley debe resultar determinante en el razonamiento y decisión del fallo, pues de lo contrario, no tendría la influencia sustancial que la ley requiere para la procedencia del recurso. Por último, la causal esgrimida recae exclusivamente sobre aspectos de derecho, no pudiéndose alterar por intermedio de ella los hechos de la causa, cuyo conocimiento se encuentra vedado a esta Corte (Rol N°171-2014).

**TERCERO:** Que, en lo que atinge al vicio impetrado, señala la defensa en su recurso que el Tribunal incurrió en una errónea aplicación del derecho, al no haber reconocido en favor de su representada la minorante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N°9 del Código Penal, estableciéndose como criterio por los juzgadores que el concepto de sustancial que utiliza el legislador es equivalente al de determinante, noción que fue, a su parecer, abandonada por el legislador al modificarse el artículo 11 N°9 del texto legal citado, con ocasión de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal.

**CUARTO:** Que, en cuanto vicio fundado en el rechazo por parte del Tribunal de la aplacatoria de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N°9 del Código Penal, resulta plenamente ilustrativo en la materia resaltar que para ello se razonó de modo lógico y fundado, en orden a que la concesión de aquélla requiere, por un lado, que la conducta de la imputada haya sido esclarecedora, esto es, que revele hechos nuevos y hasta entonces, desconocidos y, por otro lado, que exige que sea sustancial, es decir, que haya sido determinante para que el juez tenga por establecida la veracidad los hechos de la acusación fiscal, así como la participación que le cupo a la acusada en ellos. En este sentido, debe efectivamente traerse a colación el fallo de la Excma. Corte Suprema, que ha resuelto que la cooperación del imputado: “debe consistir en una disposición total, completa y permanente de contribución a desentrañar los hechos, en todas las etapas del proceso, de manera tal que los datos aportados, en todos sus extremos, esto es, tanto en lo que comprende a los partícipes, los medios y forma de comisión del injusto y las circunstancias mismas que lo rodearon, sean perfectamente concordantes con los demás elementos reunidos en la litis, (...), todos los cuales deben ser compatibles entre sí y que impliquen verdaderamente un aporte, sin que el órgano jurisdiccional deba confrontar o acudir a otros medios para determinar la certeza o no de los datos aportados” (Causa Rol N° 6.204-2009, de 17 de junio de 2011).

**QUINTO:** Que, acorde puede derivarse del citado argumento jurisprudencial, emanado de nuestro más Alto Tribunal en la materia, el legislador requiere efectivamente un alto estándar de exigencia para estimar concurrente la minorante en comento, sin que sea suficiente contar con una declaración veraz de la imputada para que la colaboración pueda ser calificada de sustancial, sino que ésta se conforme con la prueba de cargos y, además, para que dicha conducta tenga ese efecto moderador, se precisa que la colaboración sea determinante, esto es, que demuestre suma relevancia y peso para el esclarecimiento del hecho y de la participación, sin cuya concurrencia la persecución penal habría sido

altamente dificultosa. Es por ello que la existencia sólo de la declaración con orientación auto inculpatoria de la encartada, prestada en el contexto del juicio oral, separándose en esa instancia de su negativa inicial mantenida invariablemente en sede indagatoria, que fuera expuesta tanto ante personal aprehensor de la Brigada Antinarcoáticos de la P.D.I., como ante la Fiscalía Local del Ministerio Público, no puede tener el mérito de alterar de manera excepcional el régimen punitivo establecido en el Código Penal.

**SEXTO:** Que, en efecto, de la lectura del motivo décimo cuarto número tres citado del fallo impugnado de nulidad, es dable advertir que la acusada renunció a su derecho a guardar silencio, prestando declaración en la audiencia de juicio oral y reconociendo su autoría en el grave delito atribuido, pero ello ha resultado ser una admisión postrera insuficiente, considerando el grado de evolución experimentado por el proceso y, por sobre todo, las demás pruebas reunidas en su contra como para obtener en su favor la pretensión de su defensa, según ha quedado dicho, habiendo sido ella misma quien reconoció haber negado antes, en las dos ocasiones detalladas en el motivo precedente, toda participación en el hecho ilícito, realidad que acarreó tener que robustecer los antecedentes preparatorios, que se tradujeron en las demás probanzas de cargos rendidas en el juicio.

**SÉPTIMO:** Que, en esa línea, en el motivo décimo del fallo cuestionado se ha consignado de modo expreso que para establecer la participación de la acusada en los hechos, además de la evidencia material (droga y bolsos) levantada desde el sitio del suceso y debidamente periciada, se escucharon los dichos de un total de cuatro testigos presenciales, dos de ellos, conforme se aseveró, funcionarios policiales de la Brigada Antinarcoáticos de la P.D.I., que participaron de un control terrestre de su especialidad al interior del Terminal de Buses de esta localidad, quienes recibieron la denuncia de abandono de parte de un equipaje sospechoso por su peso excesivo de boca de un auxiliar de la empresa Nar Bus, por lo que procedieron a someterlo a revisión por el ejemplar canino que les acompañaba detectando alerta de droga, de modo que al volver la encausada por sus bolsos fue detenida; relatos a los que se sumó tanto el del auxiliar del bus como su chofer, los dos en similar sentido complementario. De esta suerte, la declaración de la encausada en actual análisis no encasilla en el carácter de sustancialidad, en cuanto haya sido esclarecedora y crucial, ya que nada nuevo aporta, máxime si se considera que fue detenida en flagrancia con inmediata incautación de la sustancia ilícita portada y transportada, compartiendo plenamente en este aspecto lo expresado por el Tribunal en el considerando ya citado, pues en él se contrasta la actitud de la imputada en el juicio oral, versus la que exhibió durante toda la etapa de investigación: "...negando que la mochila hallada con droga el día de su detención le pertenecía, lo cual finalmente fue establecido policialmente con los testimonios del auxiliar y chofer del bus". Por lo que acertadamente concluye que no hubo una disposición permanente de parte de la encausada en todas las etapas del proceso, ni tampoco su testimonio fue relevante para esclarecerlo, lo cual fluyó como consecuencia de la prueba fiscal. Refuerzo, una vez más, de lo colegido en el fallo examinado se halla, precisamente, en el tenor expreso de la sentencia de 29 de febrero de 2012, pronunciada por la Excm. Corte Suprema en el Rol N°12.182-2011, cuyo considerando cuarto expone: que "la contribución a la investigación debe ser sustancial, aquello que está presente y forma parte de lo más importante o trascendente, esto es, no debe limitarse a proporcionar detalles intrascendentes sino constituir un aporte efectivo y serio al éxito de la investigación" (Enrique Cury Urzúa, Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, página 497); ninguna de cuyas cualidades han logrado ser apreciadas en una mera versión tardía y naturalmente interesada de la encausada.

**OCTAVO:** Que, finalmente, en consonancia con los fundamentos precedentes y no vislumbrándose la concurrencia de los errores de derecho alegados por la defensa, el presente arbitrio deberá ser rechazado en todos sus extremos.

Por estas consideraciones, y visto además, lo dispuesto en los artículos 352, 360, 373 letra b) y 384 del Código Procesal Penal: **SE RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por el Defensor Penal, en contra de la sentencia de fecha treinta de junio de dos mil dieciocho, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, la que no es nula.

Redactada por el Ministro Titular, don Luis Moisés Aedo Mora.

Regístrese y comuníquese.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 49-2018.

**Ruc:** 1601230120-4.

**Delito:** Parricidio.

**Defensor:** Alfred Bonvallet Rivera.

**13.- Rechaza recurso de nulidad presentado, en contra de sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia; por la que se condena a R.C.F a la pena de 20 años de presidio mayor en su grado máximo, como autor del delito consumado de parricidio. Confirmándose el fallo del a quo. (CA Valdivia 24.08.2018 rol 49-2018)**

**Normas asociadas:** CP art.390; CPP art.374 e; CPP art.342 c; CPP art.297.

**Tema:** Recursos; Delitos contra la vida; Prueba.

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Valoración de la prueba; Parricidio.

**Magistrados:** Carlos Ivan Gutierrez Zavala; Mario Julio Kompatzki Contreras; Samuel David Muñoz Weisz.

**SINTESIS:** El Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia condena a R.C.F a la pena de 20 años de presidio mayor en su grado máximo, como autor del delito consumado de parricidio, en la persona de su hijo de cinco meses de vida M.C.E. El abogado defensor penal privado recurre de nulidad contra la sentencia del grado, por el artículo 374 letra e) en concordancia con el artículo 342 letra c) y 297, todos del CPP. Arguyendo que la fundamentación del fallo es inválida, pues no resistiría un análisis desde la lógica material, toda vez que los sentenciadores alcanzan el estándar de convicción exigido por la ley discutiendo sobre indicios que, en sí mismos, no superan el estándar probatorio exigido en materia penal. La Corte estima rechazar el recurso, pues expresa que el Tribunal a quo ha cumplido con todos los requisitos que debe contener el fallo dictado, además señala que a través de la vía de impugnación ejecutada por la defensa se demuestre, además de lo argumentativo, que el sentido con el cual es utilizado el elemento de prueba en la sentencia, para fundar la condena, no se corresponde con el sentido de la información, o sea, exige una falsa percepción del conocimiento que se incorpora; cuestión que no ha sido capaz de acreditar el recurrente. (Considerandos: 1; 2; 3; 9; 10; 12)

#### **TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho.

#### **VISTOS:**

En estos autos RIT O-49-2018, RUC 1601230120-4, de la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, conformada por los jueces don Daniel Mercado Rilling, don Germán Olmedo Donoso y doña Alicia Faúndez Valenzuela, como redactora, por sentencia de dos de julio de dos mil dieciocho, se condenó al acusado R.C. F., a la pena de veinte años de presidio mayor en su grado máximo, más accesorias legales, como autor del delito consumado de parricidio, previsto en el artículo 390 del Código Penal, en la persona de su hijo de cinco meses de vida, M.C.E., perpetrado en la comuna de Lanco, el

28 de diciembre del año 2016. El abogado defensor penal privado don Alfred Bonvallet Rivera, en representación del imputado, deduce recurso de nulidad en contra de la referida sentencia, invocando el motivo de anulación contemplado en el artículo 374 letra e) en relación con los artículos 342 letra c) y 297, todos del Código de Procesal Penal.

En audiencia efectuada el siete de agosto del presente año para conocer del recurso, se presentaron a alegar por el Ministerio Público el abogado don Juan Alejandro Ríos Carrasco, por la defensa el abogado don Alfred Bonvallet Rivera y por la parte querellante el abogado don Carlos Marcelo Barrera Aravena, exponiendo cada uno los argumentos atinentes a sus respectivos puntos de vista.

#### **OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y TENIENDO PRESENTE:**

**PRIMERO:** Que, la defensa invoca el motivo de nulidad previsto en el artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal. Como primer capítulo de impugnación alega que la fundamentación del fallo es inválida, pues no resiste un análisis desde la lógica material. Agrega que se incurrió en la falacia de petición de principio al adquirir convicción sobre la responsabilidad y participación del acusado en base a premisas carentes de razón suficiente. Transcribe parcialmente el considerando décimo séptimo del fallo impugnado, relacionado con la historia de vida y características de personalidad del acusado, y concluye que lo expuesto no es indiciario de alguna forma de perversión, anomalía o trastorno de personalidad, para luego reproducir, en lo pertinente, las declaraciones de tres peritos. Seguidamente, cita el considerando décimo octavo, relativo a la deseabilidad del nacimiento, afirma que el tribunal mutiló el texto de la reclamación administrativa presentada por el acusado y arribó a una conclusión parcial e inválida. Continúa reproduciendo el basamento décimo noveno, que se refiere a la relación entre Ricardo Spenser Carrillo Fernández y Camila Fernanda Escobar Gangas, para luego sostener que resulta incoherente que la naturaleza de la relación afectiva entre el acusado y la madre de la víctima sea considerada como un elemento indiciario de participación, máxime si se considera que los testigos declararon que nunca hubo actos de violencia, intimidación o amenazas. Agrega que el tribunal alude artificialmente al embarazo no deseado por el acusado, en circunstancias que dicho estado tampoco estaba en los planes de la madre, por lo que se vincula forzosamente la naturaleza de la relación de los padres del menor con la participación del acusado en el crimen que se le atribuye, lo que estima un ejercicio tautológico y fatuo, ajeno a la razón lógica.

Señala que en la motivación vigésima –que reproduce parcialmente– el tribunal vincula las dudas de paternidad con la participación del acusado, en circunstancias que este tomó conocimiento de que iba a ser padre un mes después de haber terminado su relación de pareja, por lo que era prudente y razonable que se efectuara un examen de ADN para tener certeza de la paternidad. Indica que el razonamiento descrito violenta la lógica al relacionar una actuación que ni siquiera es moralmente reprochable con la credibilidad de la teoría del padre. Transcribe y califica de aseveración temeraria el considerando vigésimo primero del fallo censurado, para luego reproducir la declaración del testigo O' Nell Cavallo y citar la declaración de la madre de la víctima. Acto seguido, concluye que *“resulta casi caricaturesco pretender que el hecho de ser piloto de guerra habilite para repeler un ataque encontrándose con una criatura de meses en los brazos”*. Posteriormente, cita parcialmente la motivación vigésima cuarta y lo aseverado por José Luis Molina Ferrada, psicólogo de la PDI, en el contrainterrogatorio, para luego sostener que existe una incoherencia lógica entre la capacidad que el tribunal atribuye al acusado para superar el estrés y el reproche que se le formula por no sentirse profundamente acongojado. Cita la declaración del psiquiatra Eedwin Krogh (sic), que estima no fue considerada por el tribunal. Arguye que los sentenciadores alcanzan el estándar de convicción exigido por la ley discutiendo sobre

indicios que, en sí mismos, no superan el estándar probatorio exigido en materia penal, pues carecen de una articulación coherente para llegar a una conclusión inequívoca. Expone que el tribunal se ampara en infundadas referencias probabilísticas, esto es, narcisismo del acusado; la indeseabilidad del nacimiento de su hijo al haber ofrecido pastillas abortivas a la madre de la víctima; el examen de ADN que el acusado practicó a su hijo; la supuesta capacidad de defensa del acusado para repeler un asalto con un menor en brazos; la desproporcionalidad de la lesiones del acusado y la víctima; la relación entre las heridas sufridas por otra víctima de un asalto y las sufridas por el acusado; el descarte taxativo de la inconsciencia del acusado en los exámenes de Glasgow; las consecuencias psicológicas que el acusado debiera experimentar producto del asalto; la apreciación de que no es razonable que el acusado declarara que hizo lo mejor que pudo con ocasión del asalto; la inconsistencia de estimar más relevantes las meras referencias bibliográficas explicitadas por la perito de la parte querellante doña Rossana Echeverría Vargas, que no tuvo acceso a la carpeta del caso; el haber restado credibilidad a todos los testigos del acusado, por estimar que dichos atestados provienen de su círculo laboral y de amistad. Agrega como inconsistencia el hecho de que los funcionarios de la PDI, inspector César Gutiérrez Muñoz, comisario Juan Morales Neira y perito médico Pía Smock, no están contestes en la dinámica del asesinato de la víctima, lo que demuestra una desidia del tribunal en la ponderación de la prueba rendida.

Refiere que el tribunal esboza una teoría del móvil que habría tenido el acusado para cometer el crimen, en base a la psiquiatría bibliográfica y de laboratorio que describe la Dr. Echeverría, y prescinde considerar que el hijo no era deseado por ninguno de sus progenitores; que la duda de paternidad responde al embarazo de una mujer con la cual no tenía relación afectiva; que la amenaza al desarrollo profesional del acusado era inexistente; y que la personalidad narcisista no tiene relación de causa a efecto con el crimen que se le atribuye.

En definitiva sostiene que todas las apreciaciones expuestas son meras especulaciones, al carecer de la debida fundamentación, habida consideración que las afirmaciones no poseen el carácter de indicios, por no ser unívocos. Como segundo capítulo de impugnación, dentro de la misma causal invocada, la defensa alega la omisión de la valoración de la prueba rendida, sosteniendo que el tribunal en el considerando décimo séptimo efectúa referencias parciales a la personalidad narcisista del acusado, sin ponderar lo expresado por los psiquiatras Krogh y Cardemil y el psicólogo José Luis Molina Ferrada, arribando a una conclusión ajena a los sostenido por la defensa y disonante con lo planteado por los acusadores. Agrega que en el fundamento décimo octavo se considera la reclamación administrativa del acusado para justificar la premisa acusatoria, limitándose a efectuar una transcripción parcial que da cuenta de un estado de ánimo distinto del que surge de la lectura íntegra del citado escrito. Expresa que en el considerando décimo noveno se realiza un análisis parcial, pues no se considera que el embarazo de doña Cecilia Escobar tampoco era querido por ella, así como también omite las acciones desplegadas por el acusado con su hijo desde el día de su nacimiento, lo que estima demostrativo de la parcialidad de los juzgadores y el incumplimiento de la obligación de hacerse cargo de toda la prueba rendida. Manifiesta que en el considerando vigésimo se cuestiona la legitimidad del examen de ADN que el acusado practicó a su hijo, pero se omite valorar que a raíz de aquello asumió voluntariamente el reconocimiento del mismo y el pago de una pensión de alimentos en su favor. Transcribe el basamento vigésimo primero y la declaración del testigo O'Neil Cavallo, reiterando la idea de que el tribunal atribuye al acusado capacidades para repeler un asalto. Cita el considerando vigésimo segundo y sostiene que no se corresponde con el tenor de lo declarado por los testigos Dr. Flayes, Dr. Del Río y Dra. Smock, prescindiendo de hechos relevantes expuesto por los mismos, además de omitir lo referido por otros perito médicos, como el Dr. Flandes, Dra. Smock y Dr. Del Valle. Seguidamente, transcribe el considerando

vigésimo tercero, cuestionando que el tribunal no se ciñe estrictamente con el tenor de la prueba rendida y que omite la valoración de elementos relevantes que contradicen las conclusiones a las que arribaron en la sentencia, esto es, el tiempo transcurrido entre la ocurrencia de los hechos y la práctica del Glasgow; la declaración del Dr. Aguirre sobre la validez del Glasgow; y las declaraciones del paramédico que practico el examen, la Dra. Smock y el Dr. Krogh. Expone que en el considerando vigésimo cuarto el tribunal se pronuncia sobre las consecuencias psicológicas en Ricardo Spenser Carrillo Fernández, posteriores al fallecimiento de su hijo Máximo Carrillo Escobar, no obstante lo declarado por el psicólogo José Luis Molina Ferrada y el psiquiatra Edwin Krogh, habida consideración que sus testimonios fueron tácitamente desvirtuados con la apreciación intuitiva de los sentenciadores sobre el estado psicológico que cabría esperar del acusado. Indica que en el basamento décimo sexto, que reproduce parcialmente, el tribunal prescinde de la valoración integral del testimonio de la psiquiatra doña Rossana Echeverría Vargas, omitiendo aspectos relevantes de su declaración. Concluye solicitando se anule el juicio oral y la sentencia, ordenando la realización de un nuevo juicio oral, en virtud de la causal esgrimida.

**SEGUNDO:** Que, la causal de nulidad del artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal, protege la garantía de la sentencia fundada y la razonabilidad de la misma, en la medida que la libertad de valoración de la prueba no puede contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, tal como establece el artículo 297 del Código ya citado. En efecto, la causal en análisis, posee una doble finalidad, por un lado, el control de la forma en que los jueces dan por acreditados los hechos, pues la libre apreciación de la prueba admite la revisión del respeto a los límites impuestos por las reglas de la sana crítica, sin que en ello implique un control sobre los hechos, sino sobre el cómo llegaron a ellos los jueces del tribunal oral; y, por otro, el cumplimiento del deber de motivar las sentencias, en términos que dicha fundamentación sea suficiente para explicar el razonamiento que los sentenciadores han utilizado en sus conclusiones. En este sentido, la Excma. Corte Suprema, ha señalado que toda sentencia *“...debe razonar y exponer los fundamentos en que se apoya, justificar con rigor intelectual la corrección de la decisión adoptada, fijar los hechos y establecer el derecho aplicable. Motivar la decisión sobre los hechos significa elaborar una justificación específica de la opción consistente en tene algunos de éstos por probados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos contradictoriamente en la litis. Tal deber apunta no sólo a hacer inteligible la decisión, sino también a asegurar un modo de actuar racional en el terreno previo de la fijación de las premisas fácticas del fallo”*. (Rol 790-2013, 1 de abril de 2013). En consecuencia, la obligación de fundamentación se refiere no sólo a los medios de prueba que sirven al establecimiento de los hechos sino también a toda la prueba que se hubiere rendido, sea que se relacione con estos hechos o que formen parte de la teoría del caso de los intervinientes, de modo de explicitar a las partes el razonamiento que lleva al tribunal a desechar su prueba o alegaciones.

**TERCERO:** Que, para la resolución del presente arbitrio cabe tener presente que –tal como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte- en el sistema procesal penal se erige como principio fundamental que el análisis de las probanzas corresponde a los Jueces de la instancia, carácter que no inviste la Corte de Apelaciones respectiva cuando procede al conocimiento de un recurso de nulidad, de manera que no es posible acceder hasta la revisión de los hechos que se han dado por establecido por los jueces de la instancia, en la valoración de los antecedentes probatorios que le entregan las partes intervinientes en el proceso.

El tribunal en el considerando décimo segundo da por establecidos los hechos en orden a que *“El día veintiocho de diciembre de dos mil dieciséis, aproximadamente a las 19:30 horas, Ricardo Spenser Carrillo Fernández salió de la casa de sus padres ubicada en Fundo Santa Cecilia, Lote 7, de la comuna de Lanco, junto a su hijo Máximo Carrillo Escobar, nacido el veinticinco de julio de dos mil dieciséis, con destino al centro urbano de la ciudad de Lanco. Ricardo Spenser Carrillo Fernández portaba al niño en un arnés posicionado en la parte frontal de su tórax, con el niño mirando la ruta de avance, caminando por la línea férrea en dirección al sector urbano de Lanco, distante aproximadamente a un kilómetro. La línea férrea corre en paralelo a parte de la ruta que lleva a un sector rural denominado Trana, zona de poco tránsito con escasas viviendas cercanas. Superados aproximadamente cuatrocientos veintiocho metros de trayecto iniciados en la casa de sus padres, el acusado se internó en una zanja de difícil acceso, atendido su pronunciamiento, chancado y vegetación existente, descendiendo aproximadamente seis metros e internándose otros tres. En dicho sector, conociendo su paternidad sobre el niño, agrede a su hijo Máximo Carrillo Escobar con ánimo de matar propinándole varias puñaladas en diferentes partes del cuerpo con un arma blanca, además de golpes con objeto contundente. A consecuencia de este actuar el niño Máximo Carrillo Escobar resultó con las siguientes lesiones: tres heridas penetrantes, una en la región torácica lateral izquierda baja, otra en la región abdominal, y otra en la región dorsal paravertebral izquierda, las que provocaron un hemoneumotorax secundario, con sección hepática y hemoperitoneo secundario, erosiones múltiples en hemicara derecha, erosión contusa periorbitaria izquierda, equimosis dorso lumbar derecha, equimosis lumbar alta y erosiones lineales múltiples en muslo derecho, que provocaron un trauma encefálico complicado con hemorragia intracraneana. Las lesiones descritas le provocaron la muerte en el lugar, resumiéndose su causa en el concepto shock hipovolémico secundario a heridas múltiples por arma blanca. El acusado permaneció en el lugar aproximadamente cinco horas sin encontrarse privado de sentido, simulando, al momento de ser hallado, haber sido víctima de un asalto”.*

**CUARTO:** Que, como primer motivo de nulidad por esta causal, el recurrente denuncia *“la falta de fundamentación y razón suficiente e infracción a los principios de la lógica”*, con fundamento en que los sentenciadores incurrieron en la falacia de petición de principio al adquirir convicción sobre la responsabilidad y participación del acusado en base a premisas carentes de razón suficiente.

En este punto, conviene precisar que la petición de principio se refiere a un argumento aparente o no justificado internamente, pues las premisas son significativamente iguales a la conclusión y, por ende, el fundamento de la premisa es la conclusión o viceversa. Luego, la petición de principio no es un error de tipo lógico (una deducción lógica siempre incurriría en petición de principio, puesto que la conclusión está ya contenida en las premisas), sino un error de argumentación que consiste en un mal uso del argumento *ad hominem* al suponer erróneamente que el interlocutor ha aceptado ya una tesis que se intenta que admita (ATIENZA, Manuel, *“Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica”*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2005, p.52). Así las cosas, técnicamente no habría infracción a los principios de la lógica, por lo que las alegaciones del recurrente de suyo, en rigor, devendrían en inadmisibles.

**QUINTO:** Que, no obstante lo expuesto y haciéndose cargo de la falta de fundamentación e infracción a los principios de la lógica que se denuncia, resulta útil consignar que en virtud del principio de la razón suficiente ningún enunciado puede ser verdadero sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo. En el ámbito jurisdiccional, este principio funciona en cada decisión del juez cuando éste funda en ciertas circunstancias del

caso y en determinadas normas su *ratio decidendi*, dejando ver que el razonamiento se ha construido sobre la base de inferencias deducidas inequívocamente de la prueba producida y de tal entidad que resultan suficientes para formar convicción en un sentido y no en otro. (CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, “*Valoración de la prueba. Sana crítica*”, Librotecnia, Santiago, 2008, pp.45-47). En consecuencia, no se vulnera dicho principio cuando lo que se echa de menos por la defensa consiste en que la prueba de cargo, en su concepto, no justifica la decisión de condena.

**SEXTO:** Que, del análisis del recurso se advierte que la argumentación del impugnante se dirige a realizar una nueva ponderación de los elementos de prueba vertidos en el juicio oral, por cuanto cuestiona la prueba producida, mediante la reproducción de pasajes aislados. En efecto, en el apartado N° 1 del recurso, denominado “historia de vida y características de personalidad del acusado”, se reproducen parcialmente las declaraciones de los testigos Krogh, Cardemil y Molina, sin expresar conclusiones que vinculen dichas citas con alguna la infracción efectiva al mandato del artículo 297 del Código Procesal Penal. Así, la argumentación desplegada por el recurrente omite que la declaración del perito Krogh Rivas se encuentra transcrita (p.225-230) y valorada individualmente (p.239) en el considerando undécimo, mientras que en el considerando décimo octavo se realiza una valoración conjunta de su declaración con la de otros peritos y testigos. Lo mismo ocurre con los peritos Molina Ferrada y Cardemil López, cuyas declaraciones en estrados son reproducidas (p.155-159 y p.168-171) y valoradas (p.170) en el basamento séptimo, además de la valoración conjunta ya referida. Lo expuesto precedentemente es demostrativo de que, en realidad, la defensa plantea su propia valoración de la prueba rendida en el juicio oral, lo que no resulta admisible en sede de nulidad. Otro tanto ocurre con las alegaciones contenidas en los apartados N°3 “Relación entre Ricardo Spenser Carrillo Fernández y Camila Escobar Gangas”; N° 4 “Dudas de paternidad”; N° 5 “Capacidad y posibilidad de defensa ante un asalto” y N° 8 “Consecuencias psicológicas en Ricardo Spenser Carrillo Fernández, posteriores al fallecimiento de su hijo Máximo Carrillo Escobar”, en que básicamente se impugna la suficiencia de los elementos de convicción para dar por establecido los hechos. Del mismo modo, en el apartado N° 2 “deseabilidad del nacimiento”, se alega la mutilación del texto de reclamación administrativa, pero se omite expresar que en los considerandos séptimo (p.72), octavo (p.206) y noveno (p.212) la frase que el recurrente echa en falta aparece consignada y valorada. Ello es ilustrativo de que en el presente arbitrio se plantea una lectura paralela de la prueba rendida.

**SÉPTIMO:** Que, de la atenta lectura de la sentencia recurrida, en especial, los razonamientos señalados en los fundamentos sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, undécimo, décimo tercero a vigésimo cuarto y vigésimo sexto, no se vislumbra, en manera alguna, que ella adolezca de ausencia de fundamentación o infracción a los principios de la lógica; por el contrario, se ha realizado una adecuada valoración de todos los medios de prueba que han fundamentado la decisión de condena y se ha explicitado el razonamiento por el que se desecha la prueba de descargo, de acuerdo al mandato del artículo 297 del Código Procesal Penal. Asimismo, el tribunal fundamenta adecuadamente y con rigor intelectual la desestimación de las alegaciones de la defensa en el considerando vigésimo quinto, haciéndose cargo de los cuestionamientos al actuar de la Policía de Investigaciones; las confusiones de los acusadores sobre los conceptos de antecedentes, indicios, sospechas, conjeturas y certezas; la fiabilidad de la prueba de los acusadores; la voluntad homicida a partir de la entrega de pastillas abortivas; la falta de congruencia en el actuar del Ministerio Público; la práctica de la escala de Glasgow por un enfermero; la situación del perito Ortega Ricci respecto al peritaje solicitado por la defensa; y la falta de señalamiento de los

acusadores del móvil del acusado para dar muerte a su hijo. Todo ello permite desechar la falta de fundamentación alegada.

**OCTAVO:** Que, en realidad, la defensa confunde la falta de fundamentación y la infracción a los principios de la lógica con la valoración distinta de las probanzas rendidas que tiene el recurrente, lo que aparece claramente reflejado en su recurso, ya que se limita a realizar su propio análisis de las pruebas de cargo y de descargo, proponiendo en esta sede de nulidad una ponderación propia acerca de su valor probatorio, lo que no constituye falta de fundamentación ni infracción de los principio lógicos, ni, sino una lectura personal y paralela de la prueba rendida, lo que resulta insuficiente para declarar la nulidad del fallo.

En efecto, el recurso se cimenta sobre la base de circunstancias fácticas no acreditadas, en el sentido que a juicio de la defensa la prueba de cargo sería insuficiente para establecer los hechos contenidos en la acusación, sin embargo, del análisis del dictamen censurado, surge que los juzgadores extraen sus conclusiones a partir de una ponderación probatoria distinta a la propuesta por la defensa, lo cual como se dijo, no configura el vicio en análisis. Luego, tampoco se aprecia atentado al artículo 297 del Código Procesal Penal, ya que las alegaciones de la Defensa no alcanzaron a instalar una duda razonable que llevase a la absolución del acusado, haciéndose cargo con la necesaria fundamentación de las razones que tuvo en vista para descartar los aspectos anotados por la defensa y por qué razón no fueron de la entidad suficiente para afectar la convicción condenatoria. En suma, aquellos aspectos que la defensa presenta como atentados a los principios de la lógica y falta de fundamentación, constituyen solo su visión de la prueba rendida.

**NOVENO:** Que, además de lo expuesto, debe considerarse que la excepcionalidad de esta vía de impugnación exige que el imputado demuestre, no sólo argumentalmente a través del recurso, que el sentido con el cual es utilizado un elemento de prueba en la sentencia, para fundar la condena, no se corresponde con el sentido de la información, esto es, existe una falsa percepción del conocimiento que incorpora. Esa circunstancia constitutiva de la infracción ha debido ser demostrada por quien la alega, lo que hacía necesaria la rendición de prueba, en la forma que prevé el artículo 359 del Código Procesal Penal. En consecuencia, no es posible dar por ciertos los defectos que postula el recurrente en cuanto a la valoración de la prueba, pues de la lectura de la sentencia atacada aparece que cumple con todas las exigencias formales y la circunstancia de consignar el fallo secciones parciales de los relatos y aseveraciones que difieren de modo sustancial con lo declarado por los deponentes, ha debido ser demostrado por la vía procesal correspondiente, lo que en la especie no ha sucedido.

**DÉCIMO:** Que, al contrario de lo sostenido por el recurrente se ha cumplido a cabalidad por el Tribunal a quo con todos los requisitos que debe contener un fallo dictado, y en caso alguno se ha infringido la normativa del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 342 letra c) y 297, ambos del Código referido, por lo que se rechazará este primer motivo de nulidad.

**DÉCIMO PRIMERO:** Que, en cuanto al segundo capítulo de invalidación alegado, por la misma causal invocada, se denuncia la omisión de valoración de la prueba rendida, en relación con la personalidad del acusado; deseabilidad del nacimiento; relación entre R.C. F. y C.E.G.; duda de paternidad; capacidad y posibilidad de defensa ante un asalto; proporcionalidad de las lesiones experimentadas por padre e hijo; inconciencia; consecuencias psicológicas en R.C.F., posteriores al fallecimiento de su hijo M.C.E.; y estudios científicos y probabilísticos de fallecimiento de niños. Sin embargo, atendida las mismas razones consignados en los fundamentos precedentes, no resultan efectivos los

defectos que postula la defensa en cuanto a la falta o incompleta valoración de la prueba, pues la sentencia atacada cumple con todas las exigencias antes referidas. En efecto, el tribunal expone latamente todas las reflexiones que condujeron inequívocamente al establecimiento del delito y a la participación que se atribuye al acusado, motivaciones que se explayan sobre los medios de prueba ofrecidos, apreciados por los juzgadores en la forma y dentro de los límites señalados en el artículo 297 del Código Procesal Penal. Asimismo, se justifica la desestimación de la prueba rendida por la defensa, dando razones para ello. En rigor, el recurso destaca ciertas contradicciones o insuficiencias que surgirían de un análisis individual de las probanzas, transcribiendo parcialmente algunas de ellas y sometiéndolas a su propia evaluación; pero esas protestas sobre la apreciación, más propias de un recurso de apelación, carecen de la eficacia legal requerida para configurar una causal de nulidad intentada, pues la sentencia cumple estrictamente con los parámetros legales. Concorre a favor de esta conclusión, que la defensa mediante la transcripción de ciertos pasajes del juicio, pretende que esta Corte lleve a cabo un nuevo análisis de la prueba, lo que no corresponde en derecho, tal como quedó asentado, por lo que este capítulo de nulidad tampoco puede prosperar.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que, de lo expuesto, se concluye que el tribunal del grado no ha cometido en la dictación de la sentencia los errores y omisiones que se le atribuyen, no concurriendo la causal de nulidad que se ha hecho valer en el doble sentido ya explicado, por lo que el recurso de nulidad deberá ser íntegramente rechazado.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 372, 374 letra e), 375 y 378 y siguientes del Código Procesal Penal, se **RECHAZA**, el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del acusado R.C.F. en contra de la sentencia de dos de julio de dos mil dieciocho, dictada en causa RIT O-49-2018, RUC 1601230120-4 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, la que no es nula.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redactada por el Ministro Titular Sr. Carlos Gutiérrez Zavala.

**Rol 496 – 2081 PEN.**

Se deja constancia que no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo no firma el Ministro Sr. Samuel David Muñoz Weisz, por encontrarse en comisión de servicio.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 112-2018.

**Ruc:** 1600142021-K.

**Delito:** Robo en lugar habitado.

**Defensor:** Marcela Tapia Silva.

**14.- Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa contra sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, recurrida por fundar su decisión en prueba indiciaria; prueba que la Corte estima procedente por no sobrepasar los límites de la libre valoración. (CA Valdivia 31.08.2018 rol 112-2018)**

**Normas asociadas:** CPP art.374 e; CPP art.342 c; CPP art.342 d; CPP art.297.

**Tema:** Recursos; Prueba; Delitos contra la propiedad.

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Prueba indirecta; Valoración de la prueba; Informe pericial

**Magistrados:** Luis Moisés Aedo Mora; Ricardo Adolfo Hernández Medina.

**SINTESIS:** El Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia condena a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo a G.G.V como autor del delito de robo en lugar habitado; La defensa recurre de nulidad por el art.374 e), art.342 letras c) y d) y 297 todos del CPP, fundando el recurso en que el a quo tuvo por probada la participación del imputado con la diligencia pericial de huellas dactilares en el sitio del suceso. Cuestionando la procedencia de la prueba indiciaria, la que sobrepasaría los límites de la libre valoración; no existiendo razón suficiente para establecer la participación del imputado, toda vez que el vicio se manifiesta en la construcción silogística que realiza el Tribunal con los supuestos indicios que se tuvieron a la vista para acreditar la participación; no siendo capaces éstos de fundamentar la data de las huellas ni las circunstancias en las que éstas quedan grabadas en la ventana muestreada. La Corte rechaza el recurso arguyendo que la prueba indiciaria es totalmente procedente en el proceso penal, reconociéndole a la prueba indirecta el valor de un medio de prueba autónomo, con capacidad probatoria eficaz, capaz de fundar por sí sola una resolución condenatoria con caracteres de legitimidad suficientes. La Corte hace hincapié en que la defensa discurre simplemente en base a la negación del hecho, sin proporcionar ninguna teoría alternativa ni siquiera por la vía especulativa que pueda conducir al examen de contra indicios. Finalmente concluye que los sentenciadores procedieron con estricta sujeción a las normas que regulan la apreciación de la prueba, con respeto a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. (Considerandos: 1; 2; 3; 5; 6; 7).

**TEXTO COMPLETO.**

Valdivia, treinta y uno de agosto de dos mil dieciocho.

Vistos,

Que doña Marcela Tapia Silva, Abogada, en causa RIT: 112-2018, RUC: 1 600 142 021-K, por el condenado don G. G. E., según lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia de 03 de

julio de 2018, que condenó al imputado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de robo en lugar habitado, hecho perpetrado el día 5 de febrero de 2016, y a la pena de tres años de presidio menor en su grado mínimo, como autor del delito de robo en lugar habitado perpetrado el 28 de abril de 2016. Interpone el recurso por la causal contemplada en el artículo 374 letra e), 342 letra c) y artículo 297, todos del Código Procesal Penal, pidiendo la anulación parcial del juicio oral y de la sentencia, para que el Tribunal ordene la realización de un nuevo juicio oral, de acuerdo con el artículo 386 del Código Procesal Penal. Expresa que el tribunal dio por acreditado los siguientes hechos: Hecho 1°: Que el 05 de febrero de 2016, en horas del día, el acusado con la finalidad de apropiarse de especies, ingresó a una cabaña ubicada en Las Quilas N° 421, Isla Teja, Valdivia, aprovechando que ésta se encontraba momentáneamente sin moradores; para ello, desmontó una ventana del inmueble y accedió al interior; en esas circunstancias, sustrajo diversas especies, huyendo del lugar; las especies fueron valuadas por el dueño en una suma superior al millón de pesos. Respecto del Hecho 2°, expone que el 28 de abril de 2016, cercano a las 16,50 horas, el acusado, para apropiarse de especies, ingresó a una cabaña ubicada en Carlos Anwandter N° 551, Valdivia, aprovechando que se encontraba momentáneamente sin moradores. Para ello, saltó un cerco perimetral, dirigiéndose a la cabaña y forzó la puerta principal de la vivienda con algún elemento apto, accediendo a su interior; sustrajo diversas especies, huyendo del lugar; las especies fueron valuadas en una suma superior al millón de pesos.

Explica que no obstante, ser este un recurso de nulidad parcial, que atañe al hecho 1, estima necesario señalar ambos hechos. Los hechos fueron calificados como dos delitos consumados de robo en lugar habitado. La defensa solicitó la absolución del acusado respecto del hecho 1, por resultar insuficiente la prueba de cargo para acreditar participación. En el desarrollo de las causales, invoca la causal contemplada en el artículo 374 letra e), 342 letra c) y d) y artículo 297, todos del Código Procesal Penal. Explica que el Tribunal tuvo por probada la participación del imputado en el Hecho 1 con la diligencia pericial de huellas dactilares en el sitio del suceso y su análisis tecnológico y ocular, obteniendo resultado positivo para coincidencias con huellas dactilares del acusado; un *modus operandi* similar al hecho 2°, donde la prueba permitió establecer su participación; señaló además, que si se comparan ambos hechos, se aprecia la afectación de cierto tipo de inmuebles y estado, esto es, vivienda tipo cabañas, sin moradores; además, en ambos casos la actuación de un sujeto sin elementos de protección, permitió dejar trozos de huellas en objetos manipulados; también en el desarrollo de acciones para comprobar con las manos factibilidad de ingreso por alguna ventana de la vivienda.

Finalmente, la sustracción de especies fáciles de cargar y de rápida reducción, como equipos computacionales y prendas de vestir o perfume. Sostuvo el Tribunal, que es curioso que el acusado proporcionara una versión respecto de un hecho y guardará silencio respecto del otro, pues era esperable una versión explicativa frente a una prueba seria y pertinente ante la presencia de sus huellas dactilares en el sitio del suceso donde se desarrolló un delito de robo denunciado.

Explica que de acuerdo con las normas legales citadas, la sentencia definitiva de un Tribunal debe respetar los límites que la ley señala y que reproduce.

Explica que la libertad de los Jueces, en materia de valoración de la prueba, ha sido equilibrada con el deber de expresar los motivos por las cuales absuelven o condenan los que deben ser racionales, de manera que los razonamientos puedan ser reproducibles. Los criterios de valoración que conforman el límite a la libre apreciación de la prueba son las reglas de la lógica, máximas de experiencia y principios científicamente afianzados. Explica la lógica, citando doctrina.

Señala que si bien la valoración de la prueba nace de la apreciación de los hechos mediante la observación directa por los Jueces del fondo, es procedente que el Tribunal *ad quem*

realice un control sobre el razonamiento realizado. Es decir, ese control opera cuando se sobrepasen los límites de la libre valoración, lo que la Defensa sostiene en este caso. Expone que la causal que invoca se configura con la infracción al Principio de la Razón Suficiente para establecer la participación del acusado, explicando dicho principio según la doctrina y sentencia que cita. Estima que las insuficiencias del razonamiento que constituyen la infracción a este principio, se manifiestan en la construcción silogística que realiza el Tribunal de los supuestos indicios que se tuvieron en vista para acreditar la participación. Así el tribunal estimó que el hecho de que se haya encontrado trozos de huellas dactilares, correspondientes al dedo índice de la mano izquierda del interno en la ventana desmontada, es un indicio suficiente para establecer que ese día, en el horario indicado, el acusado desmontó la ventana, estimando que esa afirmación es cuestionable, porque no se probó la posición del dedo en la ventana, y si esa posición implicaba o no haber tenido que ingresar a la propiedad, ni tampoco la data de la huella. Aun existiendo sólo esta prueba para vincular al imputado con el ilícito, el tribunal para acreditar el ingreso al domicilio, la sustracción de especies, y por ende la consumación del delito, une este indicio con el *modus operandi* del Hecho 2, es decir, con la forma en que el imputado actuó en un hecho distinto. Es decir, derecho penal de autor, y no de actos. Es evidente, que desde la perspectiva lógica no hay conexión con el Hecho 1; primero, porque para cometer un delito de robo en lugar habitado, las dinámicas de acción son las mismas; esa asociación lógica no tiene asidero ya que es un indicio que no emana de la prueba relativa al hecho 1, y por ende no tiene conexión lógica, ni constituye un indicio grave preciso ni concordante. Otro indicio lógico es el hecho de que el acusado guardara silencio, pues era esperable oír una versión explicativa frente a una prueba seria y pertinente, refiriéndose a las huellas dactilares en el sitio del suceso, lo que vulnera la presunción de inocencia, a la que se refiere con base en doctrina y a decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se refiere a la prueba indiciaria, señalando que se parte de un hecho acreditado, el indicio, que asociado a una presunción permite verificar otro hecho distinto del inicial, del que es consecuencia la acreditación de un segundo hecho, hecho consecuencia, a través de un enlace que debe ser racional, lógico y razonable.

Señala que el Tribunal no explica lógicamente, con la prueba rendida respecto del hecho 1, cómo a partir de trozos de una huella del dedo índice de la mano izquierda, se desmontó la ventana, sin acreditar la posición del dedo; tampoco existe justificación emanada de la prueba, que el sujeto haya ingresado a la casa, que haya tomado especies, y que salió con ellas para apropiárselas con ánimo de lucro. Las premisas lógicas no permiten llegar a la conclusión del tribunal. La premisa 1: existencia de trozos de huellas dactilares, no explica la consumación del delito; por ello, el tribunal recurre a prueba que no es admisible, cual es la dinámica del hecho 2, como premisa 2, y al hecho que el imputado guardara silencio, como premisa 3. De esas premisas, no se desprende que el acusado haya cometido el delito, lo que evidencia la falta de corrección lógica, ya que se exige una explicación de trozos de una huella en el lugar, lo que configuraría infracción al principio de contradicción. Estima que no existe enlace lógico, racional y coherente entre los indicios invocados para llegar a una solución inequívoca, lo que implica infracción a la lógica (principio de razón suficiente y principio de contradicción) y la consecuente falta de fundamentación de la sentencia. De ese modo se infringe el artículo 297 inciso primero, que dispone que los tribunales apreciarán la prueba con libertad, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La lógica, y en particular el Principio de la Razón Suficiente, impone al juez efectuar un razonamiento lógico para otorgarle valor probatorio o para desechar dicho valor, fundado en el análisis lógico-formal, en un proceso intelectual basado en la prueba incorporada al juicio. Señala el recurrente que hubo omisiones de fundamentación que impiden la reproducción del razonamiento efectuado, ya que la sentencia omite fundamentar y explicar cómo a partir de

un indicio, que son trozos de huella en la ventana, se explica que la desmonta, e ingresa a la casa, saca especies, y sale con ellas. Estima que no es posible reproducir el razonamiento, porque las consideraciones que se dan para la fundamentación aluden a indicios de capacidad delictiva y a indicio inadmisibles en nuestro derecho, que es el derecho a guardar silencio. Señala que el tribunal decide desde su íntima convicción y no desde la prueba rendida. Expresa que existen dudas razonables; una que justificaría la absolución es la basada en la razón y que surja de la evidencia o la falta de evidencia; y no la es una duda rebuscada ni imaginada, ni la duda que un jurado podría hacer aparecer para evitar un deber desagradable. El estándar de duda razonable es la consagración de uno de los elementos más importantes del derecho a la presunción de inocencia en relación a la demostración de la culpabilidad como es el *in dubio pro reo*. Cita doctrina sobre ese principio. En cuanto a la preparación del recurso, señala que el artículo 377 inciso segundo del Código Procesal Penal establece que no es necesaria cuando se tratare de alguna de las causales del artículo 374; cuando la ley no admite recurso alguno contra la resolución que contuviere el vicio, o cuando éste hubiere ocurrido en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se trata de anular, como en este caso, por lo que la causal no requiere preparación. Solicita se anule parcialmente, la sentencia definitiva y el juicio oral, en lo decidido respecto del Hecho 1 de la acusación, determinando el estado en que debe quedar el procedimiento, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral. En la audiencia llevada a efecto ante esta Corte el trece de Agosto de dos mil dieciocho para conocer de los recursos, los intervinientes, la abogada doña Marcela Tapia por el imputado y don Alex Montesinos por el Ministerio Público, expusieron sus argumentos: la Defensa reiteró su solicitud de nulidad y sus fundamentos, y el Ministerio Público solicitó su rechazo.

#### **OIDOS LOS INTERVINIENTES Y TENIENDO ADEMÁS**

#### **PRESENTE:**

**PRIMERO:** Que la defensa del imputado ha interpuesto recurso de nulidad por la causal establecida en el artículo 374 letra e), 342 letra c) y artículo 297, todos del Código Procesal Penal, esto es, denuncia que en la sentencia se omitió el requisito previsto en el artículo 342, letras c), cual es “*la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297;*”, al no haber sido valorada la prueba de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297, del mismo Código Procesal Penal. Funda el recurso en la ausencia de lógica en el razonamiento del Tribunal al concluir en la participación del imputado en el hecho acontecido el 05 de febrero de 2016, con base sólo en la prueba pericial de búsqueda y toma de huellas dactilares en el sitio del suceso y posterior análisis tecnológico y ocular, obteniendo resultado positivo para coincidencias con huellas dactilares del acusado; además, en un *modus operandi* similar al hecho 2°, donde la prueba rendida permitió establecer su participación ya que se apreciaría una focalización en un determinado tipo inmueble y estado; la intervención de un sujeto activo sin elementos de protección, que dejó trozos de huellas en objetos manipulados, y en el desarrollo de acciones para comprobar con las manos la factibilidad de ingreso por alguna ventana del inmueble afectado; y en la sustracción de especies de fácil carga y rápida reducción, como equipos computacionales portátiles, prendas de vestir y perfume; y finalmente, en la circunstancia que el Tribunal reputa curioso que el acusado proporcionara una versión únicamente respecto de un hecho, pero guardara silencio respecto del otro, pues resultaba razonable oír una explicación ante una prueba seria y pertinente de la cual se desprende presencia de sus huellas dactilares en un sitio del suceso donde se perpetró el delito de robo denunciado.

Estima procedente que el Tribunal *ad quem* realice un control respecto del razonamiento realizado libremente por los Jueces del fondo respecto de los hechos apreciados por ellos, al haber sido sobrepasados los límites de la libre valoración, como denuncia el recurrente que en este caso acontece.

**SEGUNDO:** Que atendidos los reproches a las conclusiones del Tribunal *a quo* que resultan de las pruebas indiciarias, es necesario examinar la procedencia de este medio probatorio en el proceso penal y en el caso que fuere admisible, debe explorarse si el ejercicio realizado por los sentenciadores se ajustó a las normas que regulan la valoración de la prueba. En el proceso penal la prueba indiciaria tiene un particular tratamiento, según se desprende del artículo 295 del Código Procesal, el que señala que *“todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”*. Cuando la norma se refiere a *“cualquier medio producido”* se refiere especialmente a la prueba indiciaria, pues ésta es la única que se produce en el juicio, por cuanto las demás se incorporan. De esa norma resulta que la prueba indiciaria es admisible en el proceso penal y debe ser aplicada por el tribunal respectivo cuando sea procedente. Luego, aceptada la prueba indiciaria es preciso consentir con la Defensa en cuanto asevera que su aplicación no puede transgredir los principios que contiene el artículo 297 del Código Procesal Penal.

**TERCERO:** Que en ese sentido debe señalarse que no es infrecuente que el imputado procure su impunidad amparado en las mismas circunstancias en las que el delito se comete, esto es, procurando no ser visto durante su perpetración, evitando confesar el hecho y procurando borrar todas las huellas o señales delictivas o desfigurándolas de tal modo que la convicción plena de los hechos sea prácticamente inlograble. Es en esas circunstancias en donde resulta relevante la posibilidad de recurrir a los elementos indiciarios con el propósito de hacer efectiva la responsabilidad delictual, al conducir a procurar evitar la impunidad de aquellas conductas respecto de las cuales no se cuenta, por cualquier motivo, con evidencias o pruebas directas de participación o responsabilidad y sólo con indicios que es preciso encontrar en el delito en que el imputado se ha esforzado en ocultar el hecho principal; los indicios iluminan el entendimiento del juez y lo dirige a vestigios seguros que debe seguir para llegar a la verdad. Mediante la correcta construcción y aplicación de la prueba indiciaria, se evita la sentencia absolutoria en situaciones en que no se logra acreditar la culpabilidad del individuo responsable, a través de pruebas directas, reconociéndole a la prueba indirecta el valor de un medio de prueba autónomo, con capacidad probatoria propia, eficaz, capaz de fundar por sí sola una resolución condenatoria con caracteres de legitimidad suficiente. Desconocerle este valor al indicio implicaría que el proceso penal volvería a girar en torno a la confesión como el único modo de suplir la ausencia de pruebas directas como lo serían los testigos o las pericias, generando el grave riesgo de legitimar el empleo de formas ilícitas de obtener la confesión del imputado por parte de los órganos policiales o de persecución penal para arribar a la condena.<sup>1</sup> Por su parte, debe destacarse, como se ha sostenido, que la sentencia de condena fundada en prueba indiciaria no vulnera la garantía constitucional de la presunción de inocencia; por el contrario, es plenamente compatible con las garantías procesales y, aún más, debe privilegiarse su aplicación en un sistema garantista como el que rige en nuestro país. La presunción de inocencia versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba, configurándose una presunción simplemente legal que para ser desvirtuada exige la existencia de un mínimo de actividad probatoria de cargo producida con las garantías procesales debidas; evidentemente, la prueba ha de servir para probar tanto la existencia del hecho punible como la participación del acusado. Casi en forma

unánime los autores que han abordado el tema llegan a la conclusión de la importancia, y de la necesidad, de acoger y aplicar la prueba indiciaria como una prueba de cargo con la aptitud y suficiencia necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia que favorece a todo acusado, siempre y cuando se cumplan los requisitos que el sistema legal exige.

Como señala la doctrina, la prueba indiciaria debe satisfacer al menos dos exigencias: 1. los hechos base o indicios deben estar acreditados y no pueden tratarse de meras sospechas; 2. el órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de dichos indicios llega a la convicción sobre la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado.

Adicionalmente, la sentencia que se funde en esta prueba debe cumplir con requisitos formales y materiales. Desde el punto de vista formal, la sentencia debe expresar cuáles son los hechos base o indicios acreditados para fundamentar la deducción o inferencia, debiendo hacer explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento de los hechos punibles y la participación del acusado. Por su parte, desde el punto de vista material los indicios deben estar plenamente acreditados, ser plurales, o excepcionalmente uno, pero de una singular potencia acreditativa, ser concomitantes al hecho que se trata de probar y además, deben estar interrelacionados (cuando sean varios) de modo que se refuercen entre sí.<sup>2</sup>

**CUARTO:** Que establecida la plena procedencia de este medio probatorio en el proceso penal, debe examinarse el reproche del recurrente en cuanto señala que la valoración de la prueba ha sido realizada en forma contraria a los principios de la lógica y, sin perjuicio del examen de las razones teóricas esgrimidas para disipar el valor de la prueba indiciaria y sus efectos, la importancia de este examen radica fundamentalmente en la necesidad de asegurar si acaso los sentenciadores, procedieron con la certeza o convicción necesaria ante la falta o insuficiencia de prueba directa. En el caso de estos autos y considerando que el acusado hizo uso de su derecho a guardar silencio durante el juicio, los jueces de primera instancia para tener por acreditada la participación del imputado en el delito investigado y por el cual fue acusado, en el considerando sexto, abordaron la prueba indirecta, de la cual es posible extraer conclusiones. En ese sentido, la sentencia recurrida expuso que en relación al primer hecho, doña Margarita Pimental Romo, perito en huellas dactilares de la Policía de Investigaciones, informó que el día 05 de febrero de 2016, mismo día del robo, concurrió al sitio del suceso, realizando su trabajo en la ventana desmontada, aplicando reactivo químico en cara interna y externa, obteniendo 5 trozos de huellas pero siendo solo 3 útiles para su cotejo. Luego, se efectuó el descarte con ocupantes de las cabañas y se ingresaron las huellas al sistema *Afis* que arrojó coincidencia y semejanzas con un sujeto de identidad Gustavo Alejandro Gonzales Esparza; acto seguido procedió a cotejarlas con huellas dactilares completas de esta persona obtenidas de su ficha del Registro Civil, apreciando la coincidencia con índice izquierdo en los tres trozos de huellas útiles. Adicionalmente, la misma Perito expuso que la data de una huella no se puede establecer fehacientemente, pues depende de muchos factores; pero una vez aplicado el reactivo el perito puede estimar si es antigua -más de dos semanas- o reciente, siendo en este caso, recientes. A través de ese procedimiento de investigación, de la Policía de Investigaciones, como lo declaró en el juicio la perito competente, no cuestionado, se obtuvo la certeza de tratarse de las huellas dactilares del imputado.

De los antecedentes del juicio y de esa prueba directa es posible concluir de modo inequívoco que el día 05 de febrero de 2016, se perpetró un robo en la vivienda de calle Las Quilas Nº 421 de Isla Teja, Valdivia; que el o los delincuentes ingresaron por una ventana; que el imputado estuvo en esa vivienda; que manipuló la misma ventana de ese inmueble por donde ingresaron los delincuentes; que la impresión de la huella dactilar en la

ventana era de fecha reciente a la manipulación; que no hubo ninguna justificación sobre la presencia física del imputado en ese lugar ni en esa época.

**QUINTO:** Que examinado racionalmente este indicio resulta que no ha existido ninguna circunstancia que pueda justificar la presencia física del imputado en el lugar en el que se cometió el delito, en una época coetánea a la de la ocurrencia de ese hecho, que es la época de la data de esa prueba; que no fue posible inferir que el imputado sea residente de ese lugar o de alguno cercano, o huésped de la vivienda, ni se encontraba allí en virtud de un contrato de hospedaje, atendido el giro de actividad que se desarrolla en ese inmueble. Adicionalmente, en esta prueba indiciaria es preciso considerar que el efecto de dejar estampadas huellas dactilares en algún lugar es indicativo de una acción de asir, tomar, aferrar, y no de un simple desplazamiento de las manos por algún lugar. Por su parte, no es desusado que en la investigación criminal sea indiciaria de participación la circunstancia de emplear ciertos elementos o modos de acción de modo regular por el delincuente, como acontece en este caso, según explicaron los sentenciadores *a quo*. En consecuencia, en este examen en que se hace referencia a los indicios de presencia, de oportunidad física y de acción, se ha establecido que el acusado estuvo en el lugar en una época coetánea al de la ocurrencia del robo, concurriendo una pluralidad de indicios que permiten enlazar el hecho-base con el hecho-consecuencia, a través de la lógica y la experiencia, perfectamente acordes al conocimiento científicamente afianzado, de manera que el solo sentido común descarta la idea extravagante que el imputado estuvo en el lugar del delito, manipuló la ventana, la tomó, por motivos diferentes a la acción de robar.

**SEXTO:** Que, por su parte, ahora interesa destacar que cuando en el recurso de nulidad se analiza el indicio de presencia o de oportunidad física, la Defensa discurre simplemente en base a la negación del hecho, sin proporcionar ninguna teoría alternativa ni siquiera por vía especulativa que pudiese conducir al examen de contra indicios, de manera que pudiese configurarse alguna explicación razonable opcional a los hechos que se establecieron, lo que no resulta una argumentación eficiente para derribar la prueba indiciaria, ya que la pura negación de acción sin fundamento alguno conduce a concluir que tal tesis representa un mero anhelo, que siendo comprensible es totalmente ineficiente para elaborar una causal de invalidación y representa más bien una pura disconformidad con lo que los sentenciadores han decidido.

**SEPTIMO:** Que, como se ha explicitado, los sentenciadores procedieron con estricta sujeción a las normas que regulan la apreciación de la prueba en estos procedimientos, constatándose que ha existido una valoración realizada con libertad, con respeto a los principios de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicamente afianzados, siendo legalmente inadmisibles alterar los hechos establecidos por el Tribunal *a quo*, al constatarse que su ejercicio de apreciación se ajustó a las normas regulatorias.

**OCTAVO:** Que, en consecuencia, atendido principalmente el análisis efectuado por los jueces de primer grado, quienes tomaron conocimiento de las pruebas en forma directa, lo que concuerda con el registro de audio enviado a esta Corte, se concluye que no han infringido los principios del artículo 297 del Código Procesal Penal, por lo que el recurso de nulidad debe ser rechazado, no siendo posible concluir que en los hechos establecidos por la sentencia recurrida se hubiera incurrido en el vicio denunciado en el recurso. En consecuencia, la sentencia en contra de la cual se recurre se ha dictado en conformidad a la ley, por lo que no existe error de derecho susceptible de ser atacado por este recurso de nulidad.

Y, vistos, además, lo dispuesto en los artículos 297, 342 letra c),

374 letra e), 372 y siguientes, 376 y 384 todos del Código Procesal Penal, se **RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por doña Marcela Tapia Silva, abogada, por el condenado don Gustavo González Esparza, en contra de la sentencia dictada el tres de julio de dos mil dieciocho, por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, la que en consecuencia, no es nula. Regístrese y comuníquese.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Ricardo Hernández Medina.

NºPenal-503-2018. No firma la Fiscal Judicial Sra. Gloria Hidalgo Álvarez, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo por encontrarse con permiso de conformidad a lo dispuesto en el artículo 347 del Código Orgánico de Tribunales.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 136-2017

**Ruc:** 1600335828-7

**Delito:** Tráfico de migrantes -Trata de personas.

**Defensor:** César Alejandro Garnica González.

**15.- Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa contra sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, por la que se condena a dos individuos como autores del delito de tráfico de migrantes y trata de personas por trabajo forzado (CA Valdivia 17.08.2018 rol 136-2017)**

**Normas asociadas:** CPP art.373 b; CPP art.374 e; CPP art.342 c; CPP art.342 d; CPP art.297.

**Tema:** Recursos; Prueba; Concurso de delitos.

**Descriptor:** Recurso de nulidad; non bis in ídem; Fundamentación; Medio comisivo; Delitos contra la libertad

**Magistrados:** Samuel David Muñoz Weis; Claudio Roberto Novoa Araya; Mario Julio Kompatzki Contreras.

**SINTESIS:** El Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Osorno condena a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y diez años y un día de presidio mayor en su grado medio por los delitos de tráfico de migrantes y trata de personas por trabajo forzado respectivamente, a dos individuos; La defensa recurre de nulidad por el artículo 374 letra e, arguyendo que la sentencia se habría dictado en omisión a los requisitos del artículo 342 letra c y 297 del código penal, normas infringidas porque los sentenciadores condenan a los imputados solo en virtud de una declaración extrajudicial de una de las víctimas. Como causal subsidiaria invocan la del artículo 373 letra b fundamentada en la errónea aplicación del derecho que hacen los sentenciadores al no considerar el delito de tráfico de migrantes como un medio para la comisión del segundo delito, vulnerando así el principio del non bis in ídem. Finalmente la Corte rechaza el recurso estimando que la sentencia si cumple con los requisitos del artículo 342 y que no se dicta en contravención al non bis in ídem, toda vez que no cabe considerar el ilícito de tráfico de migrantes como un medio necesario para la trata de personas por trabajo forzado, ya que las condiciones de explotación y dependencia que concurren en el trabajo forzado no dependen necesariamente del ingreso ilegal que han promovido y gestionado los sentenciadores. (Considerandos: 1; 2; 5; 7)

**TEXTO COMPLETO.**

Valdivia, diecisiete de agosto de dos mil dieciocho.

**VISTOS:**

En fecha nueve de agosto de dos mil dieciocho, se llevó a efecto audiencia para conocer de recurso de nulidad interpuesto por el abogado defensor privado don César Alejandro Garnica González, en contra de la sentencia de fecha catorce de junio de dos mil dieciocho, dictada en autos RIT 136-2017 y RUC 1600335828-7 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, en Sala integrada por su Presidente Juez don Claudio Vicuña Melo y los jueces

titulares don Edmundo G. Moller Bianchi y doña Patricia Gallardo Maldonado; y por la cual se condenó a los acusados Rosa Cristina Tambaco Morales y César Gabriel Cabascango Pachito, como autores de delitos de tráfico de migrantes y delito de trata de personas por trabajo forzado, a penas de cinco años y un día de presidio mayor en grado mínimo por el primero y a diez años y un día de presidio mayor en grado medio por el segundo ilícito, más accesorias que la sentencia indica. En la audiencia comparecen y alegan por la defensa el abogado recurrente don César Garnica González; por el Ministerio Público la abogada doña Leyla Chahín Valenzuela; por la querellante Ministerio del Interior el abogado don José Ignacio Henríquez Soto, y por la querellante Instituto Nacional de Derechos Humanos, el abogado don Pablo Montecinos Saavedra. El abogado defensor César Garnica González solicita se declare nulidad de la sentencia recurrida, invocando como causal principal la establecida en letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación con letra c) del artículo 432 del mismo cuerpo legal y este último en relación con artículo 297 del mismo Código. Subsidiariamente, invoca causal de nulidad de artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal, en relación con artículo 75 del Código Penal. Señala respecto de la primera causal de nulidad, que la sentencia impugnada condena a los imputados solo en virtud de una declaración extrajudicial de la víctima Antamba Santillán, quien declaró en juicio desvirtuando esa primera versión; sin hacerse cargo de los cuestionamientos formulados por la defensa en su teoría del caso. En efecto, la sentencia no cumple con el artículo 342, letra c) del Código Procesal Penal, ni con el artículo 297 del mismo cuerpo legal, puesto que el Tribunal no consideró las costumbres ancestrales del pueblo otavaleño, sobre las cuales la defensa elaboró su teoría de ausencia de dolo directo en los delitos acusados. Señala que en el Considerando Noveno del fallo recurrido se infringen los principios de la lógica, en especial el de no contradicción, al sostener que las declaraciones de los testigos son concordantes unas con otras y verosímiles. Se infringen asimismo los principios del tercero excluido y de falta de razón suficiente, cuando se otorga valor al testimonio de los policías que toman declaración a John Antamba Santiban, en circunstancias que esta víctima contradice en juicio lo que los policías dicen haberle escuchado. Esta declaración judicial se une a las de las otras víctimas, quienes desmienten los supuestos que han servido para tener por configurados los ilícitos acusados. El Tribunal A Quo, al privilegiar una versión por sobre otra, ha fallado en base a las reglas de la íntima convicción, y no de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Respecto de la causal subsidiaria, errónea aplicación del derecho que ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, centra su alegación en la inexistencia de delito, ya que el sistema de trabajo de las víctimas es similar al que ellos desarrollan en su lugar de origen, y que denomina "Mingala". Seguidamente, acusa contravención al principio del Non Bis In Idem, desde que el hecho de captar o trasladar a las víctimas desde su país constituye el medio para ponerlos a trabajar en beneficio de los imputados. Así, la primera conducta imputada resulta el medio necesario para desarrollar la segunda de las conductas que se sanciona separadamente. En consecuencia, debe sancionarse un solo delito y no dos. Esta errónea aplicación del derecho ha significado la imposición de una pena mayor, referida a un hecho que sirve de medio necesario para la comisión del segundo ilícito también sancionado.

Pide se anule el fallo recurrido y, en caso de acogerse la causal de nulidad principal, se ordene la realización de nuevo juicio por tribunal no inhabilitado. Para el caso de ser acogida la causal de nulidad subsidiaria, pide se anule la sentencia y se dicte una de reemplazo que absuelva a los imputados, por no ser delito la conducta o, en subsidio, se condene por un solo ilícito conforme al artículo 75 del Código Penal.

El Ministerio Público, a través de la abogada doña Leyla Chahín Valenzuela, solicita el rechazo del recurso, por carecer de fundamentos y apartarse totalmente de los hechos que se han tenido como acreditados y que se declaran en el Considerando Sexto del fallo. En cuanto a los ilícitos por los que se ha dictado condena, ellos se hallan configurados, no solo

en base a una declaración extrajudicial, sino en base a múltiples pruebas, que incluyen las declaraciones de veinte testigos y nueve peritos. Destaca el informe y testimonio de la perito antropóloga Quintana, quien aclara los aspectos antropológicos que confluyen en el caso, contrariamente a lo que denuncia el recurso de nulidad.

Señala que la declaración de la víctima retractada se rindió en presencia de la Fiscal que comparece en estrados y su tenor fue incorporado en juicio de acuerdo a lo establecido en el artículo 332 del Código Procesal Penal, sin que la defensa ejerciere reclamación alguna en dicha oportunidad. En cuanto a la eventual infracción del principio Non Bis In Ídem, ello no ocurre, desde que el primer delito, tráfico de personas, se configura por el ingreso irregular al país de las tres víctimas, amparados en una falacia, al declarar ingreso como turistas y exhibiendo dinero que los propios imputados proveyeron para ese solo efecto. El segundo delito, se configura por las condiciones impuestas para hacer trabajar informalmente a las víctimas, sin remuneración, en condiciones deplorables de vida, reteniendo sus documentos y restringiendo sus posibilidades de comunicación. Son delitos diversos, con distintos bienes jurídicos protegidos; pero aun cuando se alegara infracción al artículo 75 del Código Penal, dicha infracción no influiría sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que las penas a imponer serían de igual o mayor magnitud a las que se han declarado en el fallo impugnado.

El abogado don José Ignacio Henríquez Soto, por el querellante Ministerio del Interior, solicita el rechazo del recurso, por falta de fundamentos y carencia de desarrollo en la exposición de la forma cómo se habrían infringido normas y cómo ello influiría en lo dispositivo del fallo. El tenor del recurso omite lo razonado en el Considerando Octavo del fallo, que justamente se explaya sobre elementos antropológicos cuya falta acusa la defensa. Respecto del reproche a la valoración de la declaración extrajudicial de una de las víctimas, resulta injustificado, debido a tres razones: a) la declaración se incorporó a través del atestado de los funcionarios que la recibieron; b) el Ministerio Público invocó en juicio a su respecto el artículo 332 del Código Procesal Penal, sin objeciones de la defensa, y c) la declaración resulta concordante con el resto de las probanzas del juicio, no así la retractación de la misma víctima. Finalmente, coincide con el Ministerio Público, en cuanto no se aprecia infracción al principio del Non Bis In Ídem, por tratarse de conductas que constituyen dos ilícitos distintos, que protegen diversos intereses jurídicos.

El abogado don Pablo Montecinos Saavedra, por la querellante Instituto Nacional de Derechos Humanos, solicita el rechazo del recurso de nulidad, al no concurrir las causales en que se funda. Los Considerandos Séptimo, Octavo y Noveno de la sentencia detallan suficientemente los antecedentes probatorios que respaldan la conclusión condenatoria, y que no se agotan en la consideración de una sola declaración, sino en multiplicidad de testimonios y peritajes. El recurso apunta más a una diversa valoración de la prueba, y no a falta de fundamentación o a una errada aplicación del derecho, lo que desnaturaliza los fines que el legislador ha contemplado para el recurso de nulidad.

En sus réplicas, las partes reiteran las consideraciones ya vertidas, aclarando el Ministerio Público que el término “Mingala” utilizado por la defensa corresponde a “Mindala”.

### **OÍDOS LOS INTERVINIENTES, Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que la causal principal de nulidad invocada por la defensa, es la de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, la cual resulta aplicable por omisión de requisitos, entre otros, el de la letra c) del 342 del mismo cuerpo legal, el cual determina que la sentencia debe contener *“La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren*

*dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297.”* A su vez, el artículo 297 del Código Procesal Penal, en su inciso final, señala que *“La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por probados los hechos. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.”* El recurrente estima infringida la exigencia de fundamentación, así como los principios de valoración de la prueba, por cuanto la sentencia ha obtenido convicción de culpabilidad en base a un solo elemento de prueba, cuya incorporación en juicio ha sido irregular; pero que además no aparece valorado conforme a los principios de lógica como elemento esencial del sistema de sana crítica. Para analizar la concurrencia de esta causal, debemos remitirnos a lo razonado en los considerandos pertinentes de la sentencia, a fin de verificar si efectivamente existe la infracción acusada por la recurrente.

**SEGUNDO:** Que, en el Considerando Octavo del fallo recurrido, los sentenciadores refieren las probanzas que han producido convicción, comenzando por la declaración entregada por Antamba Santillán ante funcionarios de la Policía de Investigaciones, y reproduciendo un total de veintisiete declaraciones, vertidas por funcionarios policiales, víctimas, y peritos. En el Considerando Noveno, se analiza y valora especialmente la declaración de Antamba Santillán, expresando las consideraciones por las cuales resulta más conteste y concordante con el resto de la prueba rendida, resultando su retractación un fenómeno explicable de acuerdo a sus características de vulnerabilidad según lo expuesto en juicio por los psicólogos Horstmeier y Valdés. Este mismo rasgo psicológico se aplica a las otras víctimas, proclives a exculpar a los imputados en razón de su dependencia. Finalmente, en el Considerando Décimo, la sentencia analiza lo declarado por los propios imputados, en cuanto contribuye a ratificar la conclusión condenatoria.

**TERCERO:** De acuerdo a lo analizado, los razonamientos expresados en la sentencia impugnada discurren sobre fundamentos fácticos que los juzgadores han apreciado en forma directa, en virtud del principio de inmediación. Razonamientos que, si bien no son compartidos por la defensa, no contienen infracción a las normas sobre apreciación de la prueba, toda vez que discurren sobre una elaboración lógica de pensamiento y presentan relación coherente entre las premisas establecidas como antecedentes fácticos y las conclusiones jurídicas que de ellas derivan.

**CUARTO:** Que, en relación a los aspectos socioculturales que determinan la conducta de imputados y de las víctimas, el informe pericial emitido por la antropóloga doña María Quintana Arroyo, analizado igualmente en el Considerando Octavo del fallo, contiene los elementos que dotan de sustento a las conclusiones de la sentencia, aportando conocimientos científicamente afianzados que abarcan justamente el campo antropológico que cuestiona el recurrente.

**QUINTO:** Que, en lo tocante a la retractación de la víctima Antamba Santillán, resulta fundamental en nuestro proceso penal el principio de inmediación, en virtud del cual los sentenciadores se hallan en situación de poder apreciar directamente la rendición de pruebas, y la valoración que de ellas posteriormente realicen necesariamente ha de fundarse en su contacto directo con víctimas, imputados, testigos y peritos. En la sentencia de autos se refleja el análisis que el tribunal A Quo realiza con arreglo a este principio, prefiriéndose los dichos que la misma víctima emitió previamente ante los funcionarios policiales que declararon directamente en el juicio, y cuya incorporación se realizó acorde con lo dispuesto en artículo 332 del Código Procesal Penal, por resultar efectivamente

concordante con el resto de los antecedentes allegados al proceso. En consecuencia, se advierte que la sentencia ha considerado y valorado la totalidad de la prueba rendida, entregando suficiente fundamentación acerca de sus conclusiones, y con apego a las reglas de la sana crítica; por lo que el recurso de nulidad no podrá prosperar respecto de la causal principal alegada.

**SEXTO:** En calidad de subsidiaria, se alega causal de nulidad de artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal: *“Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.”*. En este punto, el recurso plantea primeramente la ausencia de los elementos necesarios para configurar los ilícitos acusados. En una segunda hipótesis, se discurre sobre la necesidad de considerar el delito de tráfico de migrantes, como un medio necesario para la comisión del segundo ilícito imputado, la trata de personas, por lo que no corresponde sancionar ambas conductas separadamente. A tal efecto, cabe tener presente que el artículo 411 bis del Código Penal, en sus tres primeros incisos, señala: *“Tráfico de migrantes. El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales. La pena señalada en el inciso anterior se aplicará en su grado máximo si se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado. Si se pusiere en peligro la vida del afectado o si este fuera menor de edad, la pena señalada en el inciso anterior se aumentará en un grado.”*. Por su parte, el artículo 411 quáter del Código Penal, prescribe que *“El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a éstas, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales. Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales. El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito.”*

**SÉPTIMO:** De las normas transcritas precedentemente, fluye que el primer delito se agota con la entrada ilegal al país de personas, promovida o facilitada por el agente con ánimo de lucrarse. En la segunda norma, se describen situaciones de explotación, abuso o aprovechamiento de personas, entre las que se incluye trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud, o prácticas análogas a ésta. Los elementos de cada una de estas figuras punibles se han tenido por acreditados fehacientemente y más allá de toda duda razonable, de acuerdo a los medios de prueba analizados precedentemente. Si bien la defensa sostiene que estos hechos no constituyen delito, no desarrolla mayormente tal argumento, limitándose a mencionar que las condiciones de vida de las víctimas en su lugar de origen son similares a las verificadas en Chile, e indica la “Mingala” como una práctica habitual propia de la cultura que comparten las víctimas y los imputados. Sin embargo, la sentencia analiza las conductas desplegadas por los imputados, en las cuales se advierte conocimiento de la ilicitud.

En cuanto a la eventual infracción del principio de Non Bis In Ídem, no cabe considerar el primer ilícito como medio necesario para la comisión del segundo, desde que las condiciones de explotación y dependencia que concurren en el trabajo desarrollado por las víctimas no suponen necesariamente del ingreso ilegal que han promovido y gestionado los condenados. Así, el primer ilícito se ha consumado y agotado por el ingreso al país de las tres víctimas, utilizando para ello un pretexto falso y aparentando solvencia económica inexistente, bajo la guía, influjo y gestión de los imputados, quienes a su vez pretenden lucrar obteniendo réditos con el trabajo de mano de obra barata. El segundo ilícito se tiene por configurado ya encontrándose las víctimas en territorio nacional y habiendo transcurrido el tiempo sin percibir remuneraciones, sin condiciones de vida mínimamente dignas y manteniendo dependencia absoluta de los imputados, quienes obtienen provecho económico de tal situación.

En el orden de ideas planteado, surge con meridiana claridad que no se ha incurrido en la dictación de la sentencia en la causal subsidiaria de errónea aplicación de derecho, hecha valer por el recurrente, y por ende se desestimaré el recurso de nulidad. Con lo expuesto y de conformidad con lo establecido en los artículos 372, 374 y 378 y siguientes del Código Procesal Penal, se declara:

**QUE SE RECHAZA** el recurso de nulidad deducido por la defensa de los imputados Rosa Cristina Tambaco Morales y César Gabriel Cabascango Pachito, en contra de la sentencia de catorce de junio de dos mil dieciocho, la que no es nula, como tampoco el juicio del que fluye.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redactada por el Abogado Integrante don Claudio Novoa Araya.

**Rol 506 – 2018 PEN.**

Se deja constancia que no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo, no firma el Ministro Sr. Mario Julio Kompatzki Contreras, por encontrarse con feriado legal.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 7263-2017

**Ruc:** 1700894568-3.

**Delito:** Robo en lugar habitado.

**Defensor:** Francisca Vásquez Paredes.

**16.- [Rechaza recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra sentencia del Juzgado de Garantía de Valdivia, por la cual se condena a dos adolescentes con aplicación de la regla de determinación del artículo 450 del Código Penal. \(CA Valdivia 20.08.2018 rol 7263-2017\)](#)**

**Normas asociadas:** CP art.450; CPP 364; L20084 art.1; L20084 art.24; L20084 art.23 n°2.

**Tema:** Recursos; Responsabilidad penal adolescente; Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.

**Descriptor:** Recurso de apelación; Reincidencia; Delito frustrado

**Magistrados:** María Soledad Piñeiro Fuenzalida; Claudio Eugenio Aravena Bustos; Mario Julio Kompatzki.

**SINTESIS:** El Juzgado de Garantías de Valdivia condena a dos adolescentes a uno sufrir la pena de cuatro años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social como autor de dos delitos de robo en lugar destinado a la habitación uno en grado de consumado y otro en grado de frustrado, y a otro a la pena de tres años de libertad asistida especial, como autora del delito de robo en lugar destinado a la habitación en grado de frustrado; ante esto la defensa interpone recurso de apelación arguyendo haberse causado agravio a sus representados, pues el juez a quo consideró la regla de determinación de la pena establecida en el artículo 450 del Código Penal, lo que a juicio de la defensa no resulta aplicable pues al tratarse de adolescentes existe un sistema penal especial, con objetivos, penas y formas de determinación distinta, por lo que además tampoco se habrían considerado las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, ni mucho las circunstancias particulares de los condenados. Finalmente la Corte rechaza el recurso señalando que la aplicación de la regla del artículo 450 del Código Penal no resulta en agravio para los condenados, por lo que se confirma la sentencia de primera instancia.

#### **TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, veinte de agosto de dos mil dieciocho.

Se reproduce la sentencia recurrida, eliminándose los considerandos quinto y sexto.

#### **VISTO:**

Que la Defensora Penal Pública, doña Francisca Vásquez Paredes, dedujo recurso de apelación en contra de la sentencia dictada el once de julio de dos mil dieciocho en procedimiento abreviado por la magistrada María Ángel Cabrera, interina del Juzgado de Garantía de esta ciudad, en contra de los adolescentes J. D. G y T. L. M. el primero a la pena de cuatro años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social como autor de dos delitos de robo en lugar destinado a la habitación, ejecutados en grado

consumado y frustrado respectivamente y la segunda a la pena de tres años de libertad asistida especial, como autora de un delito de robo en lugar destinado a la habitación en grado frustrado. Funda su petición en haberse causado agravio a sus representados, pues la jueza a quo consideró la regla de determinación de pena establecida en el artículo 450 del Código Penal, la que no resulta aplicable en este caso, pues estamos frente a un sistema penal especial con objetivos, penas y formas de determinación distinta, respaldando tal petición en jurisprudencia de diversos tribunales, entre ellos sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema en causa 4.419-2013.

Por otra parte, considera que, al precisar la naturaleza y extensión de la pena impuesta, no fue debidamente fundamentada de conformidad a los parámetros establecidos en el artículo 24 de la Ley 20.084, no siendo suficiente su mera enunciación. Considerando las circunstancias modificatorias de responsabilidad, esto es, colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos y reincidencia específica, las que no discute, así como el cumplimiento del objetivo de la Ley 20.084 y las circunstancias particulares de los condenados, entre ellas que son padres de una menor, solicita se rebajen las penas impuestas. En la audiencia de rigor complemento su petición, solicitado se aplique a J. D. G la pena mixta de un año de internación en régimen cerrado y tres años de libertad asistida especial, y a T. L. M la pena de un año de libertad asistida especial.

El Ministerio Público, representado en audiencia por doña Alejandra Soto Mellado, solicitó se rechace el recurso impetrado, pues la sentencia se ha dictado con apego a la ley desde que resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 450 del Código Penal, conforme lo expresado en el artículo 55 del mismo texto legal, norma a la que se remite el artículo 1 de la Ley 20.084. En cuanto a la falta de fundamentación, señaló que en los considerando tercero a sexto la jueza se refirió a la gravedad de los hechos, la participación, modificatorias de responsabilidad, grado de desarrollo del delito y los demás criterios del artículo 24 de la Ley 20.084.

#### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que esencialmente lo discutido es la forma en que se determinó la sanción para los adolescentes responsables de los hechos investigados y sancionados en esta causa, sin que se discuta la calificación jurídica de los mismos ni su grado de ejecución ni la forma y calidad en que los acusados Delgado y Llanquilef participaron. Así Jordan Delgado resulta ser responsable como autor de dos delitos de robo en lugar destinado a la habitación, uno de ellos en grado consumado y otro en grado frustrado. A su turno, Thiaren Llanquilef es responsable de un delito de robo en lugar destinado a la habitación en grado frustrado.

**SEGUNDO:** El delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación consumado es sancionado en el Código Penal con la pena de presidio mayor en grado mínimo, conforme lo dispuesto en el artículo 440 del mismo código. Al aplicar lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 20.084, es necesario rebajar en un grado esa sanción, lo que la ubica en el presidio menor en grado máximo, lo que nos lleva al tramo previsto en el artículo 23 n°2 de la Ley 20.084 el que nos entrega una alternativa punitiva que contempla tres sanciones: a) Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social; b) Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, y c) Libertad asistida especial. Al ubicarse en ese tramo, también existe la posibilidad de aplicar una sanción mixta, conforme lo indica el artículo 19 inciso segundo de la misma ley. Las normas citadas precedentemente permiten optar por una sanción preferentemente no privativa de libertad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 26 inciso primero que reza: *“Límites a la imposición de sanciones. La privación de libertad se utilizará como medida de último recurso”*.

**TERCERO:** En el caso de la adolescente Thiaren Llanquilef, fue condenada como autora del delito frustrado de robo en lugar destinado a la habitación. Para determinar la sanción correspondiente es necesario tener en cuenta el objetivo previsto en la ley para elegir la más adecuada entre las tres opciones que corresponden a este caso, el que se advierte en el artículo 20 en relación al 24 de la Ley 20.084. El primero indica: *“Finalidad de las sanciones y otras consecuencias. Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.”* Esta norma nos indica que la decisión sobre la pena a aplicar debe concentrarse en el o la condenada, en sus condiciones particulares y en sus necesidades de apoyo y orientación hacia su educación e integración social, de modo de evitar que la conducta disruptiva se repita. Teniendo presente esa orientación, así como la elección de sanciones privativas de libertad como último recurso, es necesario atender a los criterios del artículo 24: *“a) La gravedad del ilícito de que se trate; b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción; c) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal; d) La edad del adolescente infractor; e) La extensión del mal causado con la ejecución del delito, y f) La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.”* Como se ha dicho, el delito se cometió en grado frustrado, es decir amerita una sanción de menor gravedad que el consumado, por lo que debe ser descartada, al menos, la pena de mayor gravedad contemplada en el tramo, es decir, la internación en régimen cerrado. Thiaren Llanquilef participó como autora ejecutando conductas directas para concretar el ilícito. En su favor concurre una atenuante, la que permitió arribar a una sanción de forma más rápida y con menor esfuerzo investigativo, permitiendo el procedimiento abreviado, pero también tiene como agravante la reincidencia, configurada con un delito de robo en lugar destinado a la habitación también ejecutado en grado frustrado, es decir de similares características al presente. En ese contexto, el elemento desequilibrante resulta ser el grado de ejecución que permite optar por la pena de menor gravedad dentro del tramo, esto es libertad asistida especial, respetando el artículo 26 de la Ley. Confirma esa decisión el que la adolescente tenía 16 años a la fecha del ilícito, esto es, en la media dentro de las edades en que se incurre en responsabilidad adolescente. Por último, el daño causado no resulta ser mayor al propio del delito, lo que impide optar por una sanción de mayor envergadura. Conforme al artículo 14 de la Ley 20.084, la libertad asistida especial no puede superar los tres años. Considerando la especial situación de madre adolescente y el objetivo de la ley de permitir que el sistema entregue a la condenada las herramientas para su educación y desarrollo, así como su integración social, lo que se logra de mejor manera accediendo a la educación formal y a talleres de habilidades sociales y maternas y otros que se determinen por los profesionales adecuados, se fijará la extensión de la misma en un año.

**CUARTO:** En cuanto al condenado Jordan Delgado, le corresponde responsabilidad como autor de dos delitos de robo en lugar destinado a la habitación, uno de ellos consumado y el otro frustrado, último cometido junto a Thiaren Llanquilef. En ambos casos participó como autor, teniendo 17 años. En esta ocasión le favorece la atenuante de colaboración sustancial, pero le perjudica la de reincidencia, la que se tuvo por configurada -no impugnada- con dos delitos anteriores, ambos robos en lugar no habitado. La situación del condenado Delgado es distinta y de mayor gravedad, pues resulta responsable de dos delitos con pena de crimen para un adulto, además ya había sido sancionado por otros dos delitos. Si bien tenía 17 años a la fecha de los ilícitos estaba próximo a cumplir la mayoría de edad, por lo que es esperable una mayor comprensión de sus responsabilidades

sociales. De igual modo se tendrá en cuenta que es padre de una menor junto a la otra condenada. En ese sentido, aparece más aconsejable que su sanción sea más extensa e intensa de modo que la intervención pueda abarcar tanto su educación como su responsabilización e integración social y parental. Se optará por una pena mixta que permita tal intervención por lo que se aplicará la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social por un año y tres años de libertad asistida especial.

**QUINTO:** Conforme lo razonado, no resulta relevante ni redundante en agravio para el recurrente determinar la pertinencia en aplicar lo dispuesto en el artículo 450 del Código Penal. Y visto, además lo dispuesto en el artículo 414 y 364 y siguientes del Código Procesal Penal y Ley 20.084, se resuelve que **se confirma** la sentencia de once de julio de dos mil dieciocho **con declaración** que se condena a:

**1.-** Jordan Alejandro Delgado Gutiérrez, cédula de identidad N°20.315.053-9, de actuales 18 años a la pena mixta de un año de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social y a tres años de libertad asistida especial, como autor de dos delitos de robo en lugar destinado a la habitación, ocurridos el 24 de septiembre de 2017 y 1 de octubre del mismo año, en grado consumado y frustrado respectivamente.

**2.-** Thiaren Alexandra Llanquilef Madrid, cédula de identidad N°20.316.285-5, de actuales 17 años a la pena de un año de libertad asistida especial, como autora del delito frustrado de robo en lugar destinado a la habitación ocurrido el 1 de octubre de 2017.

**3.-** Rijan los abonos considerados en la sentencia recurrida.

**4.-** Oficiése a las entidades que corresponda para la elaboración de los programas respectivos.

**5.-** No se condena en costas al Ministerio Público por tener motivo plausible para recurrir. Regístrese, comuníquese y archívese.

Redactada por la Ministra Titular Sra. María Soledad Piñeiro Fuenzalida.

**Rol 511 – 2018 PEN.**

Se deja constancia que no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo, no firma el Ministro Sr. Mario Julio Kompatzki Contreras, por encontrarse con feriado legal.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 85-2018

**Ruc:** 1700148054-5

**Delito:** Robo con fuerza en lugar destinado a la habitación.

**Defensor:** Pamela González Vásquez.

**17.- Rechaza recurso de nulidad interpuesto contra sentencia del Tribunal Oral en lo Penal por la que se condena a una persona a la pena de siete años y ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo, con errónea calificación de las circunstancias modificatorias a juicio de la defensa. (CA Valdivia 29.08.2018 rol 85-2018)**

**Normas asociadas:** CPP art.373 b; CP art.440 N°1; CPP art.432; CP art.449; CP art.12 N°16; CP art.11 N°9.

**Tema:** Recursos; Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal; Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Fundamentación; Reincidencia.

**Magistrados:** Claudio Roberto Araya Novoa; Samuel David Muñoz Weisz; María Soledad Piñero Fuenzalida.

**SINTESIS:** El Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valdivia dicta sentencia condenando a la pena de siete años y ciento ochenta y cuatro días a un individuo como autor del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, considerándose la agravantes de reincidencia específica que afectaba al condenado, aplicándose la regla del artículo 449 del Código Penal aplicándose la pena en su máximo; La defensa recurre por errónea aplicación del derecho y sostiene que ha existido un error en la valoración de las circunstancias modificatorias, toda vez que para la aplicación de la regla citada anteriormente, se requiere de la existencia de dos circunstancias agravantes. Además sostiene que se incurre en un error de derecho al considerar como reincidencia específica la comisión del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, respecto del primer delito de robo con fuerza en lugar no habitado. Finalmente la Corte rechaza el recurso sobre el razonamiento de que la valoración de las agravantes es correcta toda vez que si bien la redacción del artículo 449 podría ser defectuosa la jurisprudencia ha venido interpretando el articulado en el sentido por el cual no se requiere la concurrencia de ambas circunstancias, por lo que el cuestionamiento se circunscribe en el ámbito de análisis de técnica legislativa, pero no evidencia una errada aplicación del derecho. En cuanto a la aplicación de la reincidencia específica sostiene que la jurisprudencia se ha encargado de entregar parámetros para su concurrencia, los que serían totalmente aplicables al caso concreto. (Considerandos: 1; 2; 3; 4; 5.)

**TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, veintinueve de agosto de dos mil dieciocho.

**VISTOS:**

En fecha diecisiete de agosto de dos mil dieciocho, se llevó a efecto audiencia para conocer de recurso de nulidad interpuesto por don Felipe Andrés Saldivia Ramos, abogado defensor penal, en contra de la sentencia de fecha catorce de julio de dos mil dieciocho, dictada en autos RIT 85-2018 y RUC 1700148054-5 del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, en Segunda Sala integrada por su Presidente don Carlos Flores Valenzuela, Juez Titular, don Daniel Mercado Rilling, Juez Destinado, y doña Alicia Faúndez Valenzuela, Jueza Titular. La sentencia condena a don B. A. H. a la pena de siete años y ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, así como al pago de las costas del procedimiento, en calidad de autor de delito consumado de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, previsto y sancionado en artículo 440 N°1 en relación con artículo 432 del Código Penal. En la audiencia comparecen y alegan por la defensa recurrente el abogado don Mauricio Obreque Pardo, y por el Ministerio Público la abogada doña Andrea Paredes Fuentealba. El abogado defensor solicita se declare nulidad de la sentencia recurrida, fundado en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación con artículos 449, regla Segunda, y artículo 12 N° 16, ambos del Código Penal. En lo que al presente recurso compete, la sentencia recurrida tiene por acreditada circunstancia atenuante del numeral 9° del artículo 11 del Código Penal, y declara concurrente la agravante del número 16° del artículo 12 del mismo cuerpo legal. En efecto, el imputado presenta en su extracto de filiación una condena anterior por delito de robo con fuerza en lugar no habitado, sin haber transcurrido plazo de prescripción, de lo cual se hace cargo el Considerando Undécimo del fallo.

Por aplicación del actual artículo 449 del Código Penal según modificación introducida por Ley 20.903, existiendo agravantes de números 15° y 16° del artículo 12 del Código Punitivo, el tribunal no puede imponer la pena en su grado mínimo o en el *mínimum* según la contemplada en abstracto para el delito de que se trate. Es así como, al contemplarse la agravante de reincidencia específica, el tribunal impuso la pena de presidio mayor en su grado mínimo, pero en su *máximum* de siete años y ciento ochenta y cuatro días. Esta determinación de pena contiene dos errores en la aplicación del derecho: A).- Inobservancia de texto legal, atendido que la regla Segunda del artículo 449 del Código Penal estipula que *“Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis, con excepción de los contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan: 2° Tratándose de condenados reincidentes en los términos de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si esta es compuesta, o el *mínimum* si consta de un solo grado”* Esta redacción, tanto desde el punto de vista literal, como desde el punto de vista de la interpretación restrictiva, debe entenderse que la conjunción “y” hace exigibles dos circunstancias agravantes para la aplicación de la regla Segunda del artículo 449 ya citado. De lo contrario, el legislador habría utilizado la disyunción “o”, si se exigiese la concurrencia de una sola agravante; B).- El segundo error de derecho consiste en considerar como reincidencia específica la comisión del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, respecto del primer delito de robo con fuerza en lugar no habitado. Para fundamentar esta tesis, la sentencia se limita a indicar que ambos ilícitos son de la misma especie, al estar contemplados en la figura penal base del artículo 432 del Código Penal, lo cual podría llevar a considerar de la misma especie delitos que no lo son. Por lo demás, los delitos de robo en lugar destinado a la habitación y robo en lugar no habitado no protegen los mismos bienes jurídicos, ya que el primero protege bienes pluriofensivos, incluyendo la propiedad y la seguridad personal de quienes

podrían encontrarse en el lugar afectado. Esto último no ocurre en el delito de robo en lugar no habitado. Si bien podría considerarse lo dispuesto en artículo 351 del Código Penal, esta norma no se invoca en el fallo, pero además, ella solamente es un parámetro para estimar delitos de la misma especie, pero no el único. En el caso de autos, la distinta especie de los delitos analizados queda de manifiesto en diversos criterios: el bien jurídico protegido, la naturaleza de cada delito, las reglas del iter críminis, plazos de prescripción y la admisibilidad o no de fuerza ficta. El vicio acusado tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, ya que se ha condena al imputado a una pena mayor a la que le habría correspondido sin los errores anotados, específicamente debió pronunciarse la de presidio mayor en su grado mínimo, en su *minimum*.

Pide se declare la nulidad de la sentencia recurrida, dictándose seguidamente una de reemplazo, que imponga la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, o cualquier cuantía dentro del *minimum* del grado, inferior a la establecida en el fallo recurrido. El Ministerio Público insta por el rechazo del recurso de nulidad, señalando que la sentencia de autos aplica correctamente la letra y espíritu de la ley, ya que los delitos considerados resultan de la misma especie. Por otra parte, la teoría de exigencia de una “super agravante”, compuesta copulativamente de las contempladas en numerales 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal no es acertada.

#### **OIDOS LOS INTERVINIENTES, Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que la causal de nulidad invocada por la defensa es la errónea aplicación del derecho, establecida en letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal: “*Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo*”. En dicho contexto, el objeto del recurso no busca cuestionar ni controvertir los hechos que se han tenido por acreditados, sino la calificación que la sentencia realiza de tales actos, sea atribuyéndoles carácter de determinadas conductas típicas sancionables; sea para determinar la participación de los intervinientes; sea para determinar las penas aplicables a tales conductas y a cada interviniente en particular. Debe tratarse, en consecuencia, de un error jurídico conceptual que infrinja o desvirtúe el sentido de la norma aplicable, error que además debe influir sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al punto de que la supresión del error provoque una decisión diversa a la declarada.

**SEGUNDO:** En la especie, la defensa fundamenta el recurso de nulidad primeramente en la infracción al tenor literal del artículo 449 del Código Penal, regla Segunda, sosteniendo que al referirse dicha norma a “...*las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12...*”, está haciendo exigible incurrir en ambas circunstancias copulativamente, para dar aplicación al marco restrictivo de punibilidad. Así pues, en la especie que nos ocupa, la existencia de una condena anterior no basta para entender aplicable la regla segunda del artículo ya citado, sino en cuanto deben configurarse las dos circunstancias agravantes que dicha norma refiere.

**TERCERO:** Que, para efectos de invocar una errada aplicación del derecho, la defensa plantea un análisis respecto de la redacción literal de la norma, concluyendo que la conjunción “y” implica contemplar las dos agravantes conjuntamente, y no de manera alternativa, como se ha estado aplicando hasta ahora por nuestra jurisprudencia. Sin embargo, esta interpretación exegética excluye una consideración íntegra del texto en cuestión, norma que comienza con la frase “2°.-*Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16...*”; redacción que efectivamente pudiese calificarse como defectuosa, pero que hasta el presente ha sido interpretada como inequívoca en cuanto a referirse a “*los términos*” de las agravantes

indicadas. Esto es, aquellos rasgos comunes que subyacen tanto en la reincidencia genérica como en la específica, pero sin que ello implique concurrencia necesaria de ambas agravantes, como lo plantea el presente recurso. De tal manera, la tesis que sostiene el recurso se circunscribe en el ámbito del análisis de técnica legislativa, pero no evidencia una errada aplicación del derecho por parte de los sentenciadores.

**CUARTO:** En cuanto a la segunda hipótesis de errada aplicación del derecho que expone el recurso, sostiene que no ha existido reincidencia específica, ya que los delitos atribuidos al condenado no son de la misma especie. En efecto, señala, el delito de robo con fuerza en lugar no habitado y el actual delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, por los que ha sido condenado el señor Alvarado Hernández, difieren sustancialmente, a tal punto de no poder estimarlos de similar especie.

**QUINTO:** Respecto de los criterios que han servido para determinar si dos delitos son de una misma especie, tradicionalmente nuestra jurisprudencia y doctrina han coincidido en privilegiar alguno de tres parámetros: a).- Que ambos delitos estén tratados en un mismo párrafo y título del Código Penal; b).- Que afecten a un mismo bien jurídico (artículo 351 del Código Procesal Penal); c).- Que además de afectar un mismo bien jurídico, el modo de afectación y modo de comisión sean similares. En consideración a los ilícitos por los que se ha condenado a don Brian Alvarado, se observa que están contemplados en artículos 440 y 442 respectivamente, correspondientes al párrafo III, Título IX, del Libro Segundo del Código Penal. Ambos delitos comparten como bien jurídico protegido el de la propiedad, siendo uno de ellos pluriofensivo. En cuanto al modo de afectación y forma de comisión, en ambos casos se trata de sustracción de especies desde la esfera de resguardo de la víctima, y se comete mediante el ingreso del actor a un recinto cerrado.

En suma, cualquiera sea el criterio preeminente para entender que se trata de delitos de una misma especie, en el caso sub lite concurren todos, por lo que no aparece justificada una aplicación errada del derecho.

En el orden de ideas ya desarrollado, resulta evidente que no se ha incurrido en el motivo de nulidad que invoca el recurso, al no existir en la sentencia una errónea aplicación del derecho.

Con lo expuesto y de conformidad con lo establecido en artículos 372, 374, 378 y siguientes del Código Procesal Penal, se declara **SE RECHAZA** el recurso de nulidad deducido por la defensa de don Brian Alvarado Hernández, en contra de la sentencia dictada en fecha catorce de julio de dos mil dieciocho, en causa RUC 1700148054-5, RIT 85-2018 del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, la que no es nula.

Acordada con el voto en contra de la Ministra Titular Sra. María Soledad Piñeiro Fuenzalida, quien estuvo por acoger la segunda hipótesis planteada por la defensa en orden a configurarse una errónea aplicación del derecho al momento de configurar la agravante de reincidencia prevista en el artículo 12 n°16 del Código Penal.

Al respecto cabe tener en consideración que la ley no define qué debe entenderse por delitos de la misma especie, salvo en lo dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal penal, pero con la prevención cita en la misma norma al referir que tal definición es sólo aplicable para los efectos en ella previstos. En concreto señala que son de la misma especie los delitos que protegen el mismo bien jurídico.

Si bien esa referencia es atendible para dilucidar lo previsto en la ley para configurar la agravante, no parecer ser excluyente considerar otros parámetros, por una parte porque en estricto rigor, atender sólo al bien jurídico protegido no es una obligación legal, como porque considerar aquel de forma exclusiva puede llevarnos a situaciones de desproporción punitiva. Así, bajo el mismo título de delitos contra la propiedad están los robos, hurtos, estafas, daños e incendio, de atender a solo en bien jurídico propiedad debiéramos

considerarlos como de la especie. Tal conclusión parece ser muy genérica y atentatoria contra la interpretación pro reo de las normas penales. En ese sentido es que debe dotarse de contenido a la norma.

En el caso particular de invoca una condena anterior por delito de robo en lugar no habitado, en relación a un delito de robo en lugar destinado a la habitación, es decir, el primer delito atenta contra la propiedad y el segundo además contra la integridad de las personas; luego y en atención a la pena asignada el primero es simple delito y el segundo un crimen, es decir el propio legislador le asigna una gravedad superior, lo que se confirma al resultar aplicable sólo al segundo lo dispuesto en el artículo 450 del Código Penal; por otra parte el plazo de prescripción de la acción, que también revela la gravedad asignada, es diferente en ambos casos. Así las cosas no pueden ser considerados como de la misma especie ambos delitos, lo que provoca una aplicación de pena diversa, al poder acceder el adjudicador a una de menor envergadura a la impuesta.

Regístrese y comuníquese.

Redactada por el Abogado Integrante Sr. Claudio Novoa Araya y el voto en contra, de su autora.

**Rol 529 – 2018 PEN.**

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 68-2015.

**Ruc:**

**Delito:** Violación impropia.

**Defensor:** Hardy Groethe Poblete.

**18.- Acoge recurso de amparo en contra de Comisión de Libertad Vigilada de la Corte de Apelaciones, que no había considerado con totalidad el tiempo mínimo de cumplimiento de condena para optar a este beneficio, cumplir con las exigencias correspondientes del artículo 2 del DL 321, mantener una conducta intachable y aprender un oficio. (CA de Valdivia 30.08.2018 rol 50 – 2018 AMP)**

**Normas asociadas:** DL 321 art.2; DL 321 art.24; CPR art.7; CPR art. 21.

**Tema:** Recursos, Ley de medidas alternativas a la privación/restricción de libertad.

**Descriptorios:** Abono de cumplimiento de pena; beneficios intrapenitenciarios; derechos fundamentales; Recurso de amparo.

**Magistrados:** Mario Julio Kompatzki Contreras, María soledad Pineiro Fuenzalida, Samuel David Muñoz Weisz.

**SÍNTESIS:** Defensor interpone recurso de amparo contra sentencia de la Comisión de Libertad Vigilada de la Corte de Apelaciones, quien había denegado el beneficio de libertad condicional habiendo cumplido con los requisitos que exige la ley y encontrándose habilitado para ser postulado el 1° semestre. En cuanto a las otras exigencias, las cumple a cabalidad, esto es, haber asistido con regularidad y provecho al establecimiento escolar, conducta intachable, y aprender un oficio. Que el recurrente dirigió su acción en contra de dicha Comisión la cual resolvió denegar el beneficio vulnerando el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 19 N°7 fundamentando que no cumplía con el tiempo mínimo de cumplimiento de condena. No obstante lo anterior al condenado le había reconocido 4 meses de rebaja de su condena, encontrándose habilitado para ser postulado desde el 1° semestre. En lo concerniente a los demás requisitos, se ha observado una conducta intachable, esto es conducta intachable en el establecimiento penal en que cumple condena, el haber aprendido bien un oficio y haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten. Por lo anterior, se acoge el recurso de amparo.

**TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, treinta de agosto de dos mil dieciocho.

VISTO: Con fecha 9 de julio de 2018

HARDY GROTHE POBLETE, abogado Defensor Penal Público Penitenciario, domiciliado en calle Eleuterio Ramírez N°1116, oficina 302, de la ciudad de Osorno, dedujo acción de amparo constitucional, en modalidad correctiva, en favor del condenado R.H.R.M., cédula de identidad N° 15.XXX.XXX-X, en contra de la resolución de fecha 3 de mayo de 2018, dictada por la COMISIÓN DE LIBERTAD CONDICIONAL correspondiente a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, toda vez que esta denegó la concesión del beneficio de libertad condicional al amparado, por considerar que éste no cumplía con el requisito del tiempo mínimo exigido por el legislador para optar a tal beneficio, resolución infundada y arbitraria, por tanto ilegal, y que ha afectado su libertad individual. Pretende se revoque dicha resolución y en su lugar se disponga la concesión del beneficio de libertad condicional al amparado. Fundó su pretensión en que Rivera Molina fue condenado a sufrir una pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales, como autor de un delito de violación impropia, en causa RIT 68-2015 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno. La fecha de inicio de condena es el día 15 de septiembre de 2015, y la de término el 21 de julio de 2020. Agregó que el amparado cumple los dos tercios del tiempo de su condena el día 20 de noviembre de 2018. Por lo tanto, en principio, le hubiere correspondido postular al proceso de Libertad Condicional del Segundo Semestre del año 2018. No obstante lo anterior, el amparado registra a su favor 4 meses de rebaja de condena por calificación de comportamiento “Sobresaliente”, en virtud de lo dispuesto en la ley n.º 19.856 que “Crea un Sistema de Reinserción Social de los Condenados sobre la Base de la Observación de Buena Conducta”. Por lo tanto, su fecha de cumplimiento o término de condena, considerando la rebaja de tiempo de privación de libertad, corresponde al día 21 de marzo del año 2020. La Comisión de Libertad Condicional sesionó el día 2 de mayo de 2018, para conocer las postulaciones del primer semestre del año 2018 de los internos del Centro de Educación y Trabajo (C.E.T.) de Osorno; oportunidad en que conoció los antecedentes de Rivera Molina, denegándole el otorgamiento de la libertad condicional. En lo pertinente, la resolución recurrida señala: “... 2º.- Que de lo informado por Gendarmería consta que el condenado no cumple con el plazo mínimo exigido por el legislador para optar al beneficio impetrado, establecido en el artículo 4 inciso final del Decreto Ley y artículo 24 del Reglamento. 3º.- Que, atendido a lo razonado y no obstante la sugerencia del Tribunal de Conducta respectivo en cuanto a otorgarle este beneficio, sólo cabe concluir que la concesión del mismo no es procedente, dado el incumplimiento expresado en el numeral anterior. Y visto lo dispuesto en el Decreto Ley N° 321, se resuelve que se deniega el beneficio de libertad condicional al condenado Rivera Molina, Rosendo Humberto, cédula nacional de identidad 15.282.143-3, quien cumple su condena en Centro de Educación y Trabajo de Osorno”. Señaló que el artículo 2º del D.L. 321 de 1925, que rige el otorgamiento para otorgar la libertad condicional, prescribe que todo individuo tiene derecho a que se le conceda su libertad condicional siempre que cumpla con los requisitos legales que el mismo precepto señala, los cuales, atendido su indiscutible carácter objetivo, son fácilmente verificables. Estos requisitos son: a. Haber cumplido la mitad del tiempo de condena impuesto por sentencia definitiva. Si hubiere obtenido, por gracia, alguna rebaja o se le hubiere fijado otra pena, se considerará ésta como condena definitiva. b. Haber observado una conducta intachable en su período de privación de libertad; c. Haber aprendido bien un oficio, si hay talleres donde cumple su

condena; d. Haber asistido con regularidad y provecho a la Escuela del Establecimiento Penal. En el caso de autos, la Comisión de Libertad Condicional dio por cumplidos, respecto del amparado, los requisitos de conducta, asistencia a la escuela y aprendizaje de un oficio. Asimismo, la Comisión señaló que Rosendo Humberto Rivera Molina, no contaba con el plazo mínimo, exigido por el legislador, para poder optar a la libertad condicional. Sin embargo, su representado cumple cabalmente todos los requisitos exigidos en el artículo 2 del D.L. 321 de 1925, incluido el requisito del plazo o tiempo mínimo. A saber: a) Haber cumplido el tiempo mínimo (artículo 2 N° 1, en relación al artículo 3° inciso 3° y artículo 4° inciso final del D.L. 321, y artículo 5° de la Ley N° 19.856). Al respecto, debemos señalar que el amparado cumplirá el día 20 de noviembre de 2018 los dos tercios del tiempo de su condena, por lo que, en principio, pareciera que la Comisión de Libertad Condicional estuvo en lo correcto al señalar que el amparado no cumplía con este requisito, ya que a éste le correspondía postular a la Libertad Condicional en el Segundo Semestre del año 2018. Sin embargo, la recurrida no tuvo en consideración que mi representado contaba con 4 meses de rebaja de pena por contar con un comportamiento calificado como “sobresaliente”, conforme al Acta N° 9 de fecha 22 de noviembre de 2017, de la Comisión de Beneficio de Reducción de Condena. Por este motivo, haciendo aplicación a lo dispuesto en artículo 5°, inciso segundo, de la Ley n.° 19.856, el amparado se encontraba habilitado para postular a la Libertad Condicional en el Primer Semestre del año 2018, toda vez que dicha norma señala: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, quienes hubieren demostrado el comportamiento a que alude el inciso precedente, estarán habilitados para postular al régimen de libertad condicional en el semestre anterior a aquel en que les hubiere correspondido hacerlo conforme al Decreto Ley N° 321, de 1925, y su reglamento”. Por lo tanto, al contar Rivera Molina con el beneficio de Reducción de Condena de la ley n.° 19.856, se encontraba habilitado para postular a la libertad condicional de manera anticipada (Primer Semestre del año 2018), y cumpliendo éste con todos los requisitos establecidos por el legislador, la Comisión necesariamente debió haberle otorgado su libertad condicional. Esto es así, ya que entender que un condenado pueda postular a la Libertad Condicional en el semestre anterior al que le hubiese correspondido (por aplicación de lo dispuesto en el artículo 5 de la ley N° 19.856), y posteriormente le sea rechazada su postulación por no cumplir con el tiempo mínimo, resulta abiertamente contradictorio con el espíritu del legislador, quien buscó entregar a los condenados con comportamiento sobresaliente, la posibilidad de ver reducidas sus condenas y permitirles acceder anticipadamente a la Libertad Condicional. Para este mismo efecto, se debe tener presente lo prescrito en el artículo 4° inciso final del D.L. 321, el cual faculta a la Comisión para conceder la Libertad Condicional a aquellos internos que cumplan el tiempo mínimo de su condena en los dos meses siguientes a los indicados en el inciso primero. Es decir, respecto de los condenados que son postulados en el Primer Semestre del año, la Comisión les puede conceder la libertad condicional a los internos que cumplen su tiempo mínimo durante los meses de mayo y junio de dicho año; y respecto de los condenados que son postulados durante el Segundo Semestre del año, la Comisión les puede otorgar la libertad condicional a los internos que cumplen su tiempo mínimo durante los meses de octubre y noviembre del mismo año. b) Haber observado una conducta intachable en el establecimiento penal en

que cumple su condena, según el Libro de Vida que se le llevará a cada uno. Respecto al requisito de haber observado una conducta intachable en el establecimiento penal en el que cumple su condena, el amparado lo cumple a cabalidad, toda vez que cuenta con conducta calificada como MUJY BUENA desde 12 bimestres antes a la fecha en que sesionó la Comisión. Es así como el amparado cuenta con una conducta calificada con la nota máxima, y ésta se mantiene, incluso, más allá de la época de postulación a la Libertad Condicional. c) Haber aprendido bien un oficio, si hay talleres donde cumple su condena. Respecto a este requisito, el amparado trabaja en el Centro de Educación y Trabajo de Osorno (CET) en el área de cecinería y, anteriormente, se desempeñó como manipulador de alimentos en el casino de funcionarios de la misma unidad penal, con un desempeño calificado como “muy bueno” en ambas áreas. d) Haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten, entendiéndose que no reúne este requisito el que no sepa leer y escribir. El amparado tiene aprobada la Enseñanza Básica completa, y en el interior del Centro de Educación y Trabajo de Osorno ha realizado la capacitación denominada “Curso de Emprendimiento”, de un total de 40 horas. De esta forma el amparado cumple cabalmente con los 4 requisitos exigidos en el artículo 2 del D.L. 321 de 1925 para poder otorgar la libertad condicional a un condenado, por lo que su rechazo por parte de la Comisión de Libertad Condicional constituye un actuar arbitrario e ilegal que urge enmendar conforme a Derecho. Oportunamente se emitió informe por parte de los integrantes de la comisión recurrida, quienes argumentaron su decisión, fundado en que al momento de analizar la postulación del recurrente el antecedente de la rebaja de condena de 4 meses con el cual fue favorecido en su oportunidad no fue destacado en forma expresa y categórica por el CET de Osorno en orden a justificar su postulación anticipada. Por ello la Comisión no tuvo otra alternativa que denegar la concesión del beneficio de libertad condicional a Rivera Molina por no cumplir con el tiempo mínimo exigido por los artículos 2 y 4 inciso final del DL 321 y artículo 24 de su Reglamento. No obstante dos de los informantes, indicaron que el condenado cumpliría el requisito del tiempo mínimo en el mes de julio del presente año. Informó igualmente el Centro de Educación y Trabajo de Osorno de Gendarmería de Chile. Se agregó extraordinariamente el recurso para su vista. CONSIDERANDO: PRIMERO: Que el recurso de amparo, previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, es una acción constitucional, cuyo propósito consiste en obtener de los Tribunales Superiores de Justicia, una tutela eficaz y eficiente para salvaguardar la integridad del derecho que la doctrina ha denominado libertad individual, para evitar una afectación antijurídica del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual de cualquier persona, siendo precisamente la antijuridicidad de la conducta el comportamiento que la acción constitucional referida intenta solucionar o revertir. SEGUNDO: Que, el recurrente dirigió su acción en contra de la Comisión de Beneficio de Libertad Condicional que sesionó el 3 de mayo de 2018, en la cual se resolvió denegar dicho beneficio a su representado Rosendo Humberto Rivera Molina. Invocó para recurrir el artículo 19 n.º 7 de la Constitución Política de la República, esto es, el derecho a la libertad personal, la que se vulneró con la resolución recurrida. TERCERO: Que, de acuerdo con los antecedentes acompañados, con fecha 3 de mayo del 2018 se reunió la Comisión de Libertad Condicional para evaluar los antecedentes de los condenados que postulan a tal beneficio, entre los cuales se

contaba al recurrente. La Comisión estimó que el condenado no reúne el requisito relativo al tiempo mínimo de cumplimiento de condena que debe reunir el solicitante del beneficio. CUARTO: Que del mérito de los antecedentes incorporados por el recurrente se colige que el amparado fue condenado a sufrir una pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales, como autor de un delito de violación impropia, iniciando a cumplir dicha condena con fecha 15 de septiembre de 2015 y cuyo término lo es el día 21 de julio de 2020. Ello se acredita con el documento “Formulario Consolidado de Postulación al Proceso de Libertad Condicional” de 27 de marzo de 2018 emanado de Gendarmería de Chile. Siendo así, los dos tercios de la condena se verifican el 20 de noviembre de 2018. QUINTO: Que, sin embargo y atento lo dispuesto en el artículo 5° de la ley 19.856, y habida consideración que al condenado le han sido reconocidos 4 meses de rebaja de su condena, la cual se halla acreditada con la documental ya indicada, necesario es concluir que el sentenciado se encontraba habilitado para ser postulado el 1° semestre como se alegó por el recurso. SEXTO: Que de esta forma cabe dar por concurrente respecto del amparado el requisito relativo al tiempo mínimo de cumplimiento de condena que establece el artículo 2 del DL 321. En lo que respecta a las demás exigencias concernientes a haber observado una conducta intachable en el establecimiento penal en que cumple condena, el haber aprendido bien un oficio y haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten, sin perjuicio que tales requisitos no fueron objeto de reproche alguno por parte de la Comisión. Y visto además lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se declara que SE ACOGE el recurso de amparo interpuesto por R.H.R.M. en contra de la Comisión de Libertad Vigilada, que en sesión del 3 de mayo de 2018 resolvió no acoger la solicitud del recurrente y, en su lugar, se le otorga el beneficio de la libertad condicional impetrado, debiendo seguirse a su respecto el procedimiento establecido en la ley y en el reglamento para la materialización del mencionado beneficio

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia

**Rit:** 88-2018

**Ruc:** 1700279509-4

**Delito:** Tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades

**Defensor:** Valeria Alejandra Arriagada Contreras.

**19.- Se rechaza Recurso de Nulidad. No aparece como imprescindible para la punibilidad de la conducta de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, el determinar el grado de pureza, ya que dicho análisis no es una exigencia del tipo penal. Se constata la existencia de diversas decisiones jurisdiccionales. (CA de Valdivia. 04.09.2018 rol 545-2018)**

**Normas asociadas:** L20000 art.4; L20000 art.1; CPP art.373 b;

**Tema:** Recursos; Tipicidad; Antijuricidad; Ley de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

**Descriptor:** Tipicidad objetiva; Recurso de nulidad.

**Magistrados:** Mario Julio Kompatski Contretas; Gloria Edith del Carmen Hidalgo Alvarez; Claudio Roberto Novoa Araya.

**SINTESIS:** Recurso de Nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública, contra sentencia dictada por el TOP de Valdivia que condena como autores de delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en artículo 4° de Ley 20.000, en relación con artículo 1° del mismo cuerpo legal, en grado de consumado. La defensa sostiene que la conducta probada carece de antijuridicidad material y su sanción infringe el principio de lesividad, ello, porque se omitió el protocolo de análisis de la pureza de la sustancia incautada impidiendo su consideración como una de las sustancias prohibidas por el art.1 de la Ley 20000, resultando determinante para estimar como acreditado el ilícito, según jurisprudencia y doctrina, influyendo sustancialmente en la parte dispositiva del fallo. La Corte rechaza el recurso señalando que esta calificación legal está referida a la cannabis en estado natural, por lo que una vez determinada la naturaleza de dicha sustancia, no aparece como imprescindible para la punibilidad de la conducta de tráfico en pequeñas cantidades el determinar el grado de pureza, ya que dicho análisis no es una exigencia del tipo penal. Además constata la existencia de diversas decisiones jurisdiccionales relacionadas con la necesidad del protocolo de análisis de la pureza de la sustancia incautada, señalando que no se trata de un tema pacífico. Sin embargo el art.373 letra b) requiere una contravención objetiva del ordenamiento positivo, que supere el ámbito de la casuística y de la legítima controversia doctrinaria, estimando que no se ha incurrido en el motivo de nulidad que invoca el recurso, al no existir en la sentencia una errónea aplicación del derecho. **(Considerando tercero y cuarto)**

**Texto íntegro:**

**Valdivia, cuatro de septiembre de dos mil dieciocho.**

**VISTOS:**

En fecha veintitrés de agosto de dos mil dieciocho, se llevó a efecto audiencia para conocer de recurso de nulidad interpuesto por doña Valeria Alejandra Arriagada Contreras, abogada defensora penal, en contra de la sentencia de fecha dieciocho de julio de dos mil dieciocho, dictada en autos RIT 88-2018 y RUC 1700279509-4 del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, en Primera Sala integrada por su Presidente jueza titular doña Gloria Sepúlveda Molina, don Carlos Flores Valenzuela, Juez Titular y don Daniel Mercado Rilling, Juez Destinado. La sentencia condena a don J.G.G.R, a la pena de trescientos días de presidio menor en grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, más accesorias y a don M.G.L., a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en grado medio, multa de cinco unidades tributarias mensuales y accesorias que el fallo indica, como autores de delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en artículo 4° de Ley 20.000, en relación con artículo 1° del mismo cuerpo legal, en grado de consumado.

En la audiencia comparecen y alegan por la defensa recurrente la abogada doña Valeria Arriagada Contreras, y por el Ministerio Público la abogada doña Makarena Pérez Segura.

La defensa solicita se declare nulidad de la sentencia recurrida, fundada en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación con artículos 1° y 4°, ambos del Código Penal.

La sentencia recurrida efectúa una errada aplicación del derecho, al estimar que los hechos acreditados configuran el ilícito del artículo 4° de la Ley 20.000, ya que la conducta probada carece de antijuridicidad material y su sanción infringe el principio de lesividad. Ello, porque se omitió el protocolo de análisis de la pureza de la sustancia incautada, lo cual impide considerarla como una de las sustancias prohibidas por el artículo 1° de la Ley 20.000, desconociéndose si son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. En efecto, solo se ha logrado establecer que la sustancia corresponde a cannabis sativa, pero no su idoneidad o aptitud para provocar graves efectos o daños a la población, al no estar establecida la pureza y composición de la sustancia. Esta carencia de protocolo de análisis ha resultado determinante para estimar como no acreditado el ilícito, según jurisprudencia y doctrina que señala la recurrente.

Esta errónea aplicación de derecho en que incurre la sentencia, ha influido sustancialmente en su parte dispositiva, ya que se condena por delito no acreditado, por ausencia de antijuridicidad material de la conducta sancionada.

Pide se declare la nulidad de la sentencia recurrida, dictándose seguidamente una de reemplazo, que absuelva a los imputados.

El Ministerio Público insta por el rechazo del recurso de nulidad, señalando que la sentencia de autos aplica correctamente la letra y espíritu de la ley, ya que la sustancia incautada es

cannabis sativa en estado natural, resultando irrelevante el protocolo de análisis de pureza, al tratarse de marihuana sin adiciones y estando consignada legalmente la cannabis sativa como una sustancia prohibida, de acuerdo al artículo 1° del Reglamento de la Ley 20.000.

#### **OIDOS LOS INTERVINIENTES, Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que la causal de nulidad invocada por la defensa es la errónea aplicación del derecho, establecida en letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal: *“Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”*. En dicho contexto, el objeto del recurso no busca cuestionar ni controvertir los hechos que se han tenido por acreditados, sino la calificación que la sentencia realiza de tales actos, sea atribuyéndoles carácter de determinadas conductas típicas sancionables; sea para determinar la participación de los intervinientes; sea para determinar las penas aplicables a tales conductas y a cada interviniente en particular. Debe tratarse, en consecuencia, de un error jurídico conceptual que infrinja o desvirtúe el sentido de la norma aplicable, error que además debe influir sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al punto de que la supresión del error provoque una decisión diversa a la declarada.

**SEGUNDO:** En la especie, la defensa fundamenta el recurso de nulidad en la errónea aplicación de la figura penal contemplada en artículo 4° de la Ley 20.000, en relación con el artículo 1° del mismo cuerpo legal, dado que los hechos investigados y que la sentencia tiene por acreditados, carecen de un elemento necesario para su antijuridicidad, como es el protocolo de análisis de pureza de la droga incautada. A tal efecto, el inciso primero de la citada norma prescribe: *“El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1°, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.”*

**TERCERO:** Que, tratándose de cannabis sativa, dicha sustancia se encuentra catalogada en el artículo 1° del Decreto Supremo N° 867, del año 2.008, Ministerio Del Interior, cuyo inciso primero señala: *“Califícase como sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, a la que se refiere el inciso primero del artículo 1° de la Ley 20.000, a las siguientes:...”*. Esta calificación legal está referida a la cannabis en estado natural, por lo que una vez determinada la naturaleza de dicha sustancia, no aparece como imprescindible para la punibilidad de la conducta de tráfico en pequeñas cantidades el determinar el grado de pureza, ya que dicho análisis no es una exigencia del tipo penal, toda vez que el artículo 4° de la Ley 20.000 señala como punible el tráfico en pequeñas cantidades de sustancias, sean éstas de aquellas indicadas en incisos primero o segundo del artículo 1° de la misma Ley. Así se ha determinado por ésta Corte, a vía ejemplar, en causas rol 296-2.017 y 143-2018

**CUARTO:** En cuanto a la existencia de diversas decisiones jurisdiccionales en un sentido u otro de las alegaciones planteadas por la defensa y por el Ministerio Público, efectivamente se constata que no se trata de un tema pacífico. Sin embargo, tratándose de una errada aplicación de normas legales, la causal de derecho estricto invocada requiere una contravención objetiva del ordenamiento positivo, que supere el ámbito de la casuística y de la legítima controversia doctrinaria.

En el orden de ideas ya desarrollado, esta Corte estima que no se ha incurrido en el motivo de nulidad que invoca el recurso, al no existir en la sentencia una errónea aplicación del derecho.

Con lo expuesto y de conformidad con lo establecido en artículos 372, 374, 378 y siguientes del Código Procesal Penal, se declara **SIN LUGAR** el recurso de nulidad deducido por la defensa de don J.GGavilán Robles y de don Maximiliano Gavilán Lagos, en contra de la sentencia de autos, dictada en fecha dieciocho de julio de dos mil dieciocho por el Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, la que no es nula.

Redactada por el Abogado Integrante don Claudio Novoa

Regístrese y comuníquese. N°Penal-545-2018.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia

**Rit:** 3226-2018

**Ruc:** 1800548442-8

**Delito:** Riña pública

**Defensor:**

**20.- Se confirma la resolución de alzada que sobreseyó definitiva y parcialmente a dos imputados por la falta de riña pública, puesto que los hechos no son compatibles con la descripción típica del tipo penal. No ocurrieron en un lugar público sino en un Complejo Penitenciario. (CA Valdivia 05.09.2018 rol 3226-2018)**

**Norma asociada:** CPP art.250 a; CP art.496 N°10.

**Tema:** Recursos; Tipicidad; Derecho penitenciario; Antijuricidad.

**Descriptor:** Recurso de apelación; Establecimiento carcelario; Tipicidad objetiva.

**Magistrados:** Juan Ignacio Correa Rosado; Marcia del Carmen Undurraga Jensen; Luis Moises Aedo Mora.

**SINTESIS:** Recurso de Apelación interpuesto por Fiscalía en contra de la resolución que sobreseyó definitiva y parcialmente a los imputados por la falta de riña pública contemplado en el art. 496 N°10 del CP. Los hechos consistieron en una riña dentro del Complejo Penitenciario. En el procedimiento monitorio el Tribunal acoge la postura de la defensa, quien sostiene que la figura penal consiste en reñir en público y, al contrario, la riña en privado no está sancionada en el CP, por lo tanto, considera que el concepto de riña en público resulta incompatible con el lugar en que se habrían suscitado los hechos. Posteriormente la Corte al resolver el recurso, sostiene que la controversia radica en determinar si la dinámica de los hechos es compatible con la descripción típica del art.496 N°10 del CP, esto es si donde ocurren los hechos puede ser considerado un lugar público y como el legislador penal no lo define, acuden al concepto que indica la RAE, el que permite concluir que la riña no ocurrió en un lugar público, pues allí se restringe el acceso de terceros y la salida de quienes están privados de libertad, por lo que la Corte confirma la sentencia en alzada.

**Texto Íntegro:**

Valdivia, cinco de septiembre de dos mil dieciocho.

Vistos, oídos y teniendo además presente:

**PRIMERO:** Que el Ministerio Público, representado por el fiscal adjunto de Osorno señor Jorge Munznmayer Cristi, en causa RUC No 1800548442-8, RIT No 3226- 20148, seguida por riña pública, dedujo recurso de apelación en contra de la resolución de 25 de julio de 2018, dictada por el señor Marcelo Klagges López, Juez titular del Juzgado de Garantía de Osorno, que sobreseyó definitiva y parcialmente la causa aludida, de conformidad al artículo

250 a) del Código Procesal Penal, poniendo así término al procedimiento que por riña se siguió en Fiscalía en contra de los imputados S.R.C.S., y J.A.L.V.

**SEGUNDO:** Expone que en esta causa el 24 de junio pasado Fiscalía presentó requerimiento monitorio en contra de los imputados, S.R.C.S., y J.A.L.V, en el marco de una investigación en su contra por la comisión de la falta de riña pública, en grado de consumado, de conformidad al artículo 496 N°10 del Código Penal, y en el que se le atribuye participación en calidad de autores. Los hechos consistieron básicamente en que el 2 de junio de 2018, alrededor de las 19:31 horas en el interior del CCP Osorno, ubicado calle Conrado Amthauer N° XXX, Osorno , los internos y requeridos S.R.C.S., J.A.L.V., A.I.C.A y C.A.C.S se trabaron en riña, agrediendo mutuamente en el sector del módulo N° 5, dormitorio N°2 del penal, siendo separados por personal de gendarmería de servicio, resultando C. S, con contusión frontal, conforme informe paramédico, L.V, con contusión dorsal y herida erosiva en ambas rodillas, conforme informe paramédico, en tanto C.A, y C.S, resultaron sin lesiones visibles, conforme informe paramédico.

**TERCERO:** Sostiene que a la presentación de requerimiento monitorio el Tribunal de Garantía Osorno resuelve, el 25 de junio de 2018, condenar a los imputados por la falta contemplada en el artículo 496 N°10 del Código Penal, esto es riña pública. El 28 de junio de 2018, en atención a haberse interpuesto reclamo formal de la multa impuesta, de conformidad al artículo 392 inciso final del Código Procesal Penal, se fijó la audiencia pertinente para el 25 de julio de 2018, oportunidad en la que el Tribunal, pese a lo resuelto con anterioridad, acogió la postura de la defensa, considerando que el concepto riña en público resulta incompatible con el lugar en que se habrían suscitado los eventos requeridos, a saber un establecimiento penitenciario, sobreseyendo definitiva y parcialmente la causa respecto de los imputados S.C.S y J.L.V, de conformidad a lo dispuesto en el art. 250 a) del CPP. Alega que en concepto de Fiscalía y en estricto apego a la letra de la norma aludida, esto es 496 N°10 del Código Penal, ésta es lo suficientemente amplia y el hecho de que en el lugar en que se verificó la riña, en este caso puntual, no tenga acceso libre al público no le quita el carácter de público, por lo que estas faltas no pueden restringirse los casos a solo aquellos verificados en la vía pública.

**CUARTO:** Que el artículo 496 N°10 del Código Penal señala que “sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: 10. El que riñere en público sin armas, salvo el caso de justa defensa propia o de un tercero.”

**QUINTO:** Que la defensa de quienes sufrieron lesiones y reclamaron el juicio monitorio sostiene que la figura penal consiste en *reñir en público* y, al contrario, la riña en privado no está sancionada en el Código Penal y la riña ocurrió al interior de un recinto de Gendarmería de Chile, no se trata de un hecho ocurrido en la vía pública, quienes estuvieron involucrados en la misma estaban privados de libertad, el lugar es su domicilio, equivalente a su casa, aunque reconoce que estas conductas están sancionadas administrativamente como infracciones graves, de acuerdo con el Reglamento de Gendarmería, siempre fuera del ámbito penal.

**SEXTO:** Que, en el mismo sentido razona el señor Juez de Garantía, quien advierte que la controversia radica en determinar si la dinámica de los hechos es compatible con la descripción típica del artículo 496 N°10 del Código Penal, esto es si donde ocurren los hechos puede ser considerado un lugar público y como el legislador penal no la define - para su acertada interpretación- ha de estarse a los conceptos que se indican en el diccionario de la Real Academia que en sus diversas acepciones permiten concluir que la

riña no ocurrió en un lugar público, pues allí se restringe el acceso de terceros y la salida de quienes están privados de libertad, razones que se estiman suficientes para confirmar la sentencia en alzada. Por estos motivos y, considerando también que los hechos ocurrieron en un dormitorio del penal, visto además lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Penal, **se confirma** la resolución que viene en alzada, dictada en audiencia de veinticinco de julio de dos mil dieciocho, que sobreseyó definitiva y parcialmente a quienes reclamaron, señores J.L.V y S.C.S.

Notifíquese, regístrese, comuníquese y devuélvase.

**Rol 584 – 2018 PEN.**

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia

**Rit:** 868-2018

**Ruc:** 1400487237-2

**Delito:** Receptación.

**Defensor:** Mauricio Aguilera Olivares.

**21.- Recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, fundamentado en una errónea valoración de la prueba rendida en juicio con infracción a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. (CA Valdivia 14.09.2018 rol 868-2018)**

**Norma asociada:** CP art.456 bis a; CPP art.374 e; CPP art.297.

**Tema:** Recursos; Prueba; Principios y garantías del sistema procesal penal en el CPP

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Medios de prueba; Fundamentación; Reglas de la lógica.

**Magistrados:** Mario Julio Kompatzki Contretas; Claudio Eugenio Aravena Bustos; Ana Maria Rosa Emilia del Leon Espejo.

**SINTESIS:** Recurso de Nulidad interpuesto por Fiscalía en contra de la resolución que absuelve a un acusado como autor del delito de receptación sancionado en el art. 456 bis A del CP., por existir disenso respecto de la identidad del objeto material del hecho imputado, consistente en una montura. El Ministerio Público funda su recurso en los art. 374 letra e) del CPP en relación a los art. 342 letra c) y art. 297 del CPP, arguyendo que en la dictación de la sentencia, se ha valorado la prueba producida en el juicio con infracción a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, lo que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que de haberse plasmado correctamente en el fallo habrían conducido a la acreditación de la participación del acusado en los hechos imputados y su consiguiente condena en calidad de autor de los mismos. La Corte analiza la causal del art. 374 letra e) en relación al art. 342 letra c) en los cuales se centran los argumentos de Fiscalía, dicha Corte señala que: “al dictar la sentencia al tribunal le corresponde realizar una doble función: a) debe exponer los hechos y circunstancias que se dieron por probados (favorables o no al acusado) y b) ha de valorar los medios de prueba que fundamenten tales conclusiones conforme lo que indica el artículo 297 del Código Procesal Penal”, normas que según la doctrina se refieren a la apreciación de la prueba. Y que por su parte dicha Corte tiene la labor de comprobar si la sentencia que dictó el Juzgado de Garantía omitió o no el requisito que dispone el art. 374 letra e) del CPP. Tras enunciar dichas normas, la Corte señala que la legislación procesal penal ha sido exigente en orden a imponer a los jueces que conocen y resuelven en juicio oral una preocupación esencial de fijar los hechos y circunstancias que se tuvieron por probadas en la sentencia, sean favorables o desfavorables al acusado y además debe ir precedida de la debida valoración que impone el art. 297, norma que ha facultado a los tribunales para apreciar la prueba con libertad pero con una primera limitante, no pueden en modo alguno, contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; y luego como una segunda

limitante exige que para hacer esa valoración el tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso la desestimada. El fin de esta fundamentación es permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llega la sentencia, por lo tanto no basta con una simple relación de los documentos de procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes, es necesaria una debida fundamentación. Exigencias que tienen un respaldo constitucional, en el inciso 5º del Nº 3 del art. 19 y en el art. 73 de la Constitución. Por tanto, el Juez es libre para apreciar la prueba, teniendo como obligación principal argumentar circunstanciadamente las razones de su decisión, que deben fundarse en los antecedentes del proceso, de modo que su raciocinio pueda ser entendido por un hombre medio. De este modo, si tales exigencias no son respetadas se permite la anulación correspondiente.

Además la Corte se refiere al estándar de prueba necesario para destruir el principio de inocencia, esto es más allá de toda duda razonable. Principio que ha sido considerado integrante del debido proceso, y está relacionado directamente con la carga de la prueba la que recae sobre el Estado y de su órgano persecutor, lo que se traduce en una regla de enjuiciamiento, consistente en que *si el Estado no logra satisfacer el estándar probatorio impuesto por la ley procesal penal, la consecuencia necesaria del incumplimiento de esa carga es la absolución del acusado*, lo que constituye una aplicación práctica del principio in dubio pro reo. Además establece que el principio de inocencia debe ser destruido sobre la base de la investigación de los hechos, entre ellas la identidad de la cosa objeto del delito, para lo que debe necesariamente incorporarse *prueba lo suficientemente convincente e inequívoca* en cuanto a su responsabilidad, que sea de tal fuerza, que el juzgador lo tenga como responsable del hecho más allá de toda duda razonable, esto es, con un grado de certeza moral que no le permita dudar respecto a su inocencia. Por lo que, dados los términos de la imputación efectuada por el Ministerio Público y la tipificación legal del delito de receptación, es indispensable para su configuración que exista identidad entre las especies que en algún momento fueron objeto de robo y las que son mantenidas en poder de receptor, discusión existente entre los intervinientes del juicio, y respecto de la cual, la jueza de primer grado se hizo cargo, refiriéndose a la totalidad de la prueba de cargo, analizándola individualmente y dando cuenta de sus inconsistencias e imprecisiones en lo que respecta -esencialmente- a la identidad de la montura que fue robada y la que fue encontrada posteriormente en poder del imputado, inconsistencias que se aprecian tanto en las declaraciones de la propia víctima como de los funcionarios policiales que intervinieron en la etapa de investigación. Por esto, la Corte rechaza el recurso, sustentado en que los elementos de convicción o de prueba que los intervinientes aportaron al juicio fueron valorados en la forma que dispone la ley, inspirándose en los principios de lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados aplicados a las especiales circunstancias de comisión del delito investigado, se dedica a hacer una valoración conjunta de la prueba allegada al juicio, explicitando las razones y motivos por los cuales llega a la conclusión que no hay identidad entre las especies en cuestión, en lo cual funda su decisión de absolución.

### **Texto Íntegro:**

Valdivia, catorce de septiembre de dos mil dieciocho. Vistos:

En autos RIT O-868-2015, R.U.C. 1400487237-2, por sentencia de veintitrés de julio de dos mil dieciocho, dictada por doña Paula Fernández Bernal, Juez de Garantía Suplente de Mariquina, que en su parte resolutive dispuso:

I.-Que, se absuelve a don R.M.S.A, cédula nacional de identidad No 15.266.XXX-X, ya individualizado, del requerimiento formulado en su contra por el Ministerio Público, en la que se le sindicaba como autor de un delito de receptación prescrito y sancionado en el artículo 456 bis A del Código Penal, en grado de consumado, que a juicio de la Fiscalía habría ocurrido en la comuna de Lanco el día diez de febrero de dos mil catorce.

II.-Que se condena al Ministerio Público al pago de las costas de la causa.”.

El Ministerio Público dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia referida, y lo funda en la causal de la letra e) del artículo 374, en relación a los artículos 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal, toda vez que estima que en la dictación de la sentencia, se ha valorado la prueba producida en el juicio con infracción a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, lo que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que de haberse plasmado correctamente en el fallo habrían conducido a la acreditación de la participación del acusado en los hechos imputados y su consiguiente condena en calidad de autor de los mismos.

Termina solicitando que se acoja el recurso, se anule el juicio y la sentencia, ordenando la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para que disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Se declaró admisible el recurso y se fijó día y hora para el conocimiento del mismo. Concurrieron a alegar en la audiencia, por la parte recurrente, el abogado del Ministerio Público, don Alejandro Ríos Carrasco, y por la Defensa, el abogado Defensor Privado, don Mauricio Aguilera Olivares, argumentado cada uno en favor de sus pretensiones.

#### **ÓIDOS LOS INTERVINIENTES Y TENIENDO PRESENTE:**

**PRIMERO:** El recurso de nulidad, es entendido por la Doctrina, como *“un recurso extraordinario que se interpone por la parte agraviada por una sentencia definitiva dictada en procedimiento ordinario, simplificado o de acción penal privada, ante el tribunal que la dictó, con el objeto de que el superior jerárquico que sea competente, en conformidad a la ley, invalide el juicio oral y la sentencia, o solamente esta última, cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes o cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido en lo dispositivo del fallo.”.*

**SEGUNDO:** Que el recurso de nulidad materia de autos, en la causal invocada, tiene por objeto que se invalide el juicio y la sentencia recurrida, determinándose el estado del procedimiento en que debe quedar la causa, ante el tribunal no inhabilitado que corresponda para la realización de un nuevo juicio oral.

**TERCERO:** Que el recurso de nulidad estructurado en el Código Procesal Penal, según sea la causal invocada, tiene por objeto o asegurar el respeto a las garantías y derechos fundamentales, las comprendidas en los artículos 373 letra a) y 374, o bien, conseguir sentencias ajustada a derecho, artículo 373 letra b). Como ya se dijo, la parte recurrente invoca como sustento de su recurso, la causal contemplada en el artículo 374 letra e), en relación al artículo 342 letra c), todos del Código Procesal Penal, señalando que se omitió en la sentencia la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y

circunstancias que se dieron por probados, y la omisión de la valoración de los medios de prueba que fundamentan dichas conclusiones.

**CUARTO:** Al dictar la sentencia al tribunal le corresponde realizar una doble función: a) debe exponer los hechos y circunstancias que se dieron por probados (favorables o no al acusado) y b) ha de valorar los medios de prueba que fundamenten tales conclusiones conforme lo que indica el artículo 297 del Código Procesal Penal. Por su parte la Corte de Apelaciones, conociendo del recurso de nulidad, fundado en la causal antes mencionada, tiene como labor será la de comprobar si la sentencia que dictó el Juzgado de Garantía de Mariquina omitió o no el requisito antes aludido, según lo dispone el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal.

**QUINTO:** Que, es de interés determinar previamente los alcances del motivo absoluto de nulidad establecido por el legislador en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal. Conforme a esta norma el juicio y la sentencia serán siempre anulados cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e) del Código antes citado. Ese artículo expresa, en lo que interesará puntualmente a esta sentencia, lo siguiente: “*Art. 342. Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva contendrá: c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297.*”. Pues bien, este artículo 297 a su vez dispone: “*Art. 297. Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.*”

*El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiese desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.*

*La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba median te los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.”.*

Se desprende desde ya, y de la simple enunciación de estas normas, que la actual legislación procesal penal ha sido especialmente exigente en orden a imponer a los jueces que conocen y resuelven en definitiva en juicio oral un trabajo de elaboración particularmente meticuloso y cuidadoso en la elaboración de sus sentencias. La preocupación esencial de toda sentencia penal de fijar los hechos y circunstancias que se tuvieron por probadas, favorables o desfavorables al acusado, debe ir precedida de la debida valoración que impone el artículo 297 del cuerpo legal ya señalado. Esta

norma, si bien es cierto ha facultado a los tribunales para apreciar la prueba con libertad (en abierta y franca discrepancia con el sistema probatorio tasado del sistema inquisitivo), lo ha hecho en el bien entendido que los tribunales no pueden en modo alguno, como primera limitante, contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; y luego exige que para hacer esa valoración el tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso la desestimada, con

señalamiento de los medios de prueba, único o plural, por los cuales se dieron por probados cada uno de los hechos y circunstancias atinentes a la litis.

El fin de la fundamentación no es otro que permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llega la sentencia. Pero ha ido mucho más allá la ley. El inciso 2° del artículo 36, aplicable en la especie por ser común a todo tipo de resoluciones dictadas en el juicio oral, declara que la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno aquella debida fundamentación.

De todo lo relacionado resulta muy claro que el actual proceso penal obliga a los jueces en la sentencia definitiva que dicten a indicar todos y cada uno de los medios probatorios atinentes a fijar los hechos y circunstancias propuestos por los intervinientes, expresar sus contenidos y en base a ellos razonar conforme a las normas de la dialéctica a fin de evidenciar las motivaciones que se han tenido en cuenta para preferir uno del otro o para darle preeminencia o resultan coincidentes, de modo que de dicho análisis fluya la constancia de cómo hicieron uso de la libertad para apreciarla y llegaron a dar por acreditado los hechos y circunstancias que serán inamovibles posteriormente.

Esta invocada libertad que la ley le reconoce a los jueces para “pesar” toda la prueba no puede merecer reproche alguno si la sentencia pone en forma clara y expresa en evidencia que no se han quebrantado las limitantes que ella misma ha impuesto, se recuerda: que la forma de apreciar la prueba con libertad no contradiga los principios de la lógica, de las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzado, lo que importa, dicho de otro modo, que se respeten las normas del silogismo; los principios, vivencias, proposiciones y enseñanzas adquiridas por los jueces durante su vivir y ejercicio de la función judicial, como también los conocimientos que científicamente resulten prevalentes conforme se desprenda de quienes los dominan o manejan.

Y estas exigencias no están desprovistas del correspondiente respaldo constitucional. En efecto, por una parte el inciso 5° del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, declara que: “*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado*”, y el artículo 73 de la misma Carta Fundamental, veda la intervención de los demás órganos superiores del Estado a revisar los fundamentos o contenidos de las resoluciones que emanan de los tribunales establecidos por la ley.

Por tanto, las señaladas normas reglamentan la forma de cómo los jueces deben dar por acreditados los hechos y si no son respetadas permite la anulación correspondiente.

No hay en ello, consiguientemente, un control del tribunal ad quem sobre los hechos, *sino sobre el cómo llego a ellos le juez de garantía o los jueces del tribunal oral, en su caso.*

**SEXTO:** A mayor abundamiento, se estima necesario precisar que las exigencias impuestas al sentenciador por los artículos 297 y 342 c) del Código Procesal Penal, se refieren a la apreciación de la prueba, caracterizada por “*la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad pero respetando, al explicar cómo llegó a ellas, los principios de la recta razón, esto es, las normas de la lógica (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación y los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontrarrestables de las ciencias (...) y la experiencia común*” (Cafferata Nores, José I. y Hairabedián Gogas, Maximiliano, *La*

*Prueba en el Proceso Penal*, pág. 65-66). Además, "los razonamientos que haga el juez deben encadenarse de tal manera que conduzcan sin violencia, "sin salto brusco", a la conclusión establecida y sus juicios deben ser susceptibles de confrontación con las normas de la razón" (González Castillo, Joel *La Fundamentación de las Sentencias y la Sana Crítica*, Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N1, pág. 100).

Es decir, el Juez es libre para apreciar la prueba, teniendo como obligación principal argumentar circunstanciadamente las razones de su decisión, que deben fundarse en los antecedentes del proceso, de modo que su raciocinio pueda ser entendido por un hombre medio.

**SEPTIMO:** Por otra parte, la Excma. Corte Suprema, en diversos fallos, ha referido en cuanto a las reglas de la lógica, de la experiencia, y de los conocimientos científicamente afianzados, refiere que: "*Entendiendo a la lógica como la ciencia que expone las leyes, modos y formas del conocimiento científico, el discurso que en base a ella se propone supone una construcción racional conforme a determinadas premisas.*

*De esta manera, la lógica pretende distinguir los razonamientos correctos de aquellos que no lo son, para lo cual en sus proposiciones debe existir una vinculación racional, a las que se le denomina: Implicación, equivalencia, consistencia e independencia. La lógica formal origina las leyes: a) De la identidad , que pretende significar que si una proposición es verdadera, siempre será verdadera ya que la identidad de la persona o cosa es la misma que se supone; b) De la falta de contradicción, según la cual una proposición no puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo, de lo que se sigue que dos juicios contrapuestos o contradictorios se neutralizan o destruyen entre sí, así como dos juicios contradictorios no pueden ser simultáneamente válidos y que, por lo tanto, basta con reconocer la validez de uno de ellos para poder negar formalmente la validez del otro; c) De tercero excluido, en que una proposición no puede ser verdadera o falsa al mismo tiempo. Por ello, dos juicios contradictorios no pueden ser simultáneamente falsos, bastando con reconocer la falsedad de uno de ellos para poder afirmar formalmente la validez del otro; y d) De la razón suficiente cuya implicancia, para quienes no la consideran como parte integrante de la teoría de la demostración, contempla que cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho, tiene que estar fundamentada o probada, pues las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia. (Nelson Pozo Silva, *Argumentación de la sentencia penal*, Editorial Puntotext).*

*Por su parte, la experiencia comprende por nociones de dominio común y que integran el acervo cognoscitivo de la sociedad, aquellas que se aprende como verdades indiscutibles. Couture definió las llamadas máximas*

*de experiencia como "normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie" (Fundamentos de Derecho Procesal Civil, página 192). De su parte, Friedrich Stein expresa que éstas "son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos" (El conocimiento Privado del Juez, página 27, citados por Joel González Castillo, Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N° 1, año 2006).*

*De su parte, los conocimientos científicamente afianzados son diversos, pero se ajustan a conclusiones que se adquieren aplicando el método científico, el cual se caracteriza por sus etapas de conocimiento, observación, planteamiento del problema, documentación, hipótesis, experimentación, demostración o refutación y conclusión: tesis o teoría. Los conocimientos científicos están asociados a las teorías y leyes de las diversas ciencias, las que se han construido mediante el método científico, el cual está caracterizado fundamentalmente por la demostración.*

*La diferencia entre la lógica formal con las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, está constituida por el hecho de que la primera no requiere ser demostrada.” (Fallos C. Suprema, causas roles No 5375-2010; 2358-2014; 964.2003, entre otros).*

**OCTAVO:** Como ya se dijo, en virtud del principio de inmediación que rige el proceso oral, sólo compete a esta Corte examinar, vía recurso de nulidad, si los jueces se hicieron cargo de toda la prueba producida en el juicio, y si dicho razonamiento es suficientemente motivado y reproducible, esto es, que este acorde los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, lo que implica un mero control del razonamiento valorativo en los términos exigidos por el artículo 297 del Código Procesal Penal. Luego, lo que exige la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, es exponer en la sentencia los hechos probados en el juicio - conforme la prueba rendida por los intervinientes-, y efectuar un examen valorativo de los elementos de convicción allegados en la audiencia de juicio ciñéndose a lo que indica el artículo 297 del Código Procesal Penal y, solamente es procedente acoger el recurso de nulidad en aquellos casos, en que los jueces han omitido exponer en la sentencia los hechos en la forma que indica la referida letra c) del artículo 342 y, cuando el fallo silencia toda referencia a las razones, en virtud de las cuales se *aceptan determinadas pruebas o se desestiman otras, y, además, cuando omite señalar cómo el tribunal adquirió, su convencimiento o los motivos por los cuales no logró esa convicción.*

Como se dirá más adelante, una detenida lectura de los diversos fundamentos de la sentencia recurrida, demuestra que el Juzgado de Garantía de Mariquina dio estricto cumplimiento a todos los requisitos que contempla el artículo 342 del Código Procesal Penal y, en forma especial, el de la letra c), en el cual se funda el recurso de nulidad.-

**NOVENO:** La Doctrina, ha sostenido que cuanto al control de la motivación en la determinación de los hechos, se ha sostenido que: *“si bien es cierto que en el sistema de la sana crítica racional, el juzgador no está sometido a reglas que prefijen el valor de las pruebas, sino que es libre para apreciarlas en su eficacia, la legitimidad de esa apreciación dependerá de que su juicio sea razonable. Es decir, que al apreciar los elementos de prueba incorporados al proceso, observe las reglas fundamentales de la lógica, de la psicología y de la experiencia común que deben siempre informar el desenvolvimiento de la sentencia”* (Julio Maier, El Control Judicial de la Motivación de la Sentencia Penal en “La Motivación de la Sentencia Penal y Otros Estudios. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, página 118).

**DECIMO:** Ahora bien, respecto del estándar de prueba, necesario para destruir el principio de inocencia, esto es, más allá de toda duda razonable, se dirá, que en nuestro nuevo sistema procesal penal, constituye un principio básico, la presunción de inocencia del imputado, consagrado en el artículo 4 del Código Procesal Penal, el que dispone que ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada

por una sentencia firme. Que, este principio de inocencia ha sido considerado como integrante del debido proceso. *Que, como consecuencia de lo antes señalado, todo ciudadano que es sometido a proceso penal, llega con un status que debe ser destruido y en ello reside la construcción de la culpabilidad.* (Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. María Horvitz y Julián López. Pág. 79). Que esta presunción de inocencia, constituye, en el proceso penal, una garantía política que protege al ciudadano que ingresa al ámbito de la actuación de las normas procesales y penales, *pues el proceso penal constituye un sistema de reconstrucción de la verdad que involucra grados crecientes de sospecha respecto de la participación que le ha cabido a un individuo en un hecho punible, avanzando desde un estado de duda al estado de certeza.* Este principio no constituye obstáculo para el desarrollo gradual de estos niveles de conocimientos (desde la duda o sospecha hasta conseguir un grado de certeza), pero si es obstáculo para que se impongan al imputado las consecuencias penales derivadas del juicio de culpabilidad. (O. cit. págs. 79 y 80). Que, este principio tiene una relación directa con la carga de la prueba, la que recae sobre el Estado y de su órgano persecutor, lo que se traduce en una regla de enjuiciamiento, consistente en que *si el Estado no logra satisfacer el estándar probatorio impuesto por la ley procesal penal, la consecuencia necesaria del incumplimiento de esa carga es la absolución del acusado,* lo que constituye una aplicación práctica del principio in dubio pro reo.

Conocido es, que en nuestro sistema, el estándar de la prueba exigida para alcanzar la plena convicción que permita condenar es el de *la duda razonable, establecido en el artículo 340 del Código Procesal Penal,* el que dispone que “nadie puede ser condenado por delito, sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiere, más allá de toda duda razonable, que en el hecho punible le hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”. La doctrina indica, que *“para entender el significado de “convicción más allá de toda duda razonable”, se han desarrollado fundamentalmente dos criterios, el de la vacilación para actuar y el de la certeza moral, siendo el primer estándar de convicción definido en términos negativos, esto es, a través de la conceptualización del tipo de duda que permite afirmar que el estándar de la prueba ha sido insatisfecho “esto es, una duda que lleva a una persona razonable a vacilar de actuar en una materia de importancia en su vida personal,”* *duda basada en la razón y en el sentido común, por lo que prueba más allá de toda duda razonable debe ser una prueba de un carácter tan convincente que una persona razonable no vacilaría en confiar y actuar sobre ella en los más importantes de sus asuntos.* (Ob. Cit. Pág. 159, 160, 161). *Que el segundo criterio, de la certeza moral, define el estándar en términos positivos, entendiendo por certeza “la firme creencia de estar en posesión de la verdad”, debiendo entender que no se trata de una certeza absoluta, la que se puede dar en la demostración matemática y sí de la certeza moral, que es aquella se puede obtener en la esfera empírica de los hechos. La certeza moral o práctica es el nivel más alto de certeza que un individuo puede tener en ausencia de una certeza absoluta, y ha sido equiparada con prueba más allá de una duda razonable, la que se ha definido como aquella “prueba que los deja a ustedes firmemente convencidos de la culpabilidad del acusado y no los conduce a pensar que haya una posibilidad real de que sea inocente”.* (Federal Judicial Center, Pattern Criminal Jury Instructions 28-29 (1988) Ob. cit. Pág. 163).

**UNDECIMO:** Que, conforme a los conceptos desarrollados, el principio de inocencia debe ser destruido sobre la base de la investigación de los hechos, entre ellas la identidad de la cosa objeto del delito, para lo que debe necesariamente incorporarse *prueba lo suficientemente convincente e inequívoca* en cuanto a su responsabilidad, que sea de tal fuerza, que el juzgador lo tenga como responsable del hecho más allá de toda duda razonable, esto es, con un grado de certeza moral que no le permita dudar respecto a su inocencia.

**DUOECIMO:** Que, según el recurrente la causal esgrimida se configura por cuanto los hechos de la acusación fiscal no fueron objeto de controversia y sólo hubo disenso respecto de la identidad del objeto material del hecho imputado, consistente en una montura. Empero, indicó que sobre tal aspecto hubo prueba de cargo consistente en declaraciones de la propia víctima y de funcionarios policiales quienes fueron precisos y concordantes respecto a tal identidad, no obstante lo cual para el tribunal no resultó acreditado que se trate del mismo bien.

**DECIMO TERCERO:** Que, como se dijo, relacionando el artículo 374 letra e) con la letra c) del artículo 342, ambos del Código Procesal Penal, la sentencia debe contener la exposición clara, lógica y completa de *los hechos* probados en el juicio (conforme la prueba rendida por los intervinientes) y, efectuar un examen valorativo de los elementos de convicción allegados en la audiencia de juicio, ciñéndose a lo que indica el artículo 297 del Código Procesal Penal y, solamente es procedente acoger el recurso de nulidad, entre otros casos, cuando los jueces han omitido exponer en su sentencia los hechos en la forma que indica la letra c) del artículo 342 y, cuando silencia toda referencia a las razones en virtud de las cuales se aceptan determinadas pruebas o se desestiman otras, y además cuando omite señalar cómo el tribunal adquirió su convencimiento o los motivos por los cuales no logró esa convicción.-

Conforme a lo dicho, lo que esta Corte debe analizar es la eventual inexistencia de motivaciones y no su mérito, siendo menester, en consecuencia, determinar si el fallo recurrido expresó las razones jurídicas por las que alcanzaba la convicción condenatoria respecto a la figura penal atribuida al imputado de tal modo que ese raciocinio, sea comprensible para un hombre medio y la sentencia cumpla el estándar de fundamentación que el legislador previno, como asimismo si se reprodujeron y ponderaron adecuadamente los medios probatorios aportados por los intervinientes .

**DECIMO CUARTO:** Que dados los términos de la imputación efectuada por el Ministerio Público y la tipificación legal del delito de receptación, indispensable se vuelve para la configuración de este último que exista identidad entre las especies que en algún momento fueron objeto de robo y las que son mantenidas en poder del receptor. Justamente, sobre tal identidad versó la discusión existente entre los intervinientes en el juicio.

**DECIMO QUINTO:** Que, haciéndose cargo de tal controversia, la jueza de primer grado en el considerando octavo refiere la totalidad de la prueba de cargo analizándola individualmente y dando cuenta de sus inconsistencias e imprecisiones en lo que respecta –esencialmente- a la identidad de la montura que fue robada y la que fue encontrada posteriormente en poder del imputado, inconsistencias que se aprecian tanto en las declaraciones de la propia víctima como de los funcionarios policiales que intervinieron en la etapa de investigación.

**DECIMO SEXTO:** Lo anterior significa que los elementos de convicción o de prueba que los intervinientes aportaron al juicio fueron valorados en la forma que dispone la ley, inspirándose en los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados aplicados a las especiales circunstancias de comisión del delito investigado.

**DECIMO SEPTIMO:** Sin perjuicio de lo ya señalado, esto es del análisis individual de los elementos de prueba, la jueza de Garantía -el considerando décimo de su fallo- se dedica a hacer una valoración conjunta de la prueba allegada al juicio, explicitando las razones y

motivos por los cuales llega a la conclusión que no hay identidad entre las especies en cuestión, en lo cual funda su decisión de absolución. Que el razonamiento empleado por la sentenciadora al analizar la prueba rendida, y que le permite arribar a la decisión de absolución, aparece correctamente explicitado en su forma y además aparece bien efectuado en cuanto al fondo, satisfaciendo de esta forma las exigencias que al efecto establece el artículo 432 letra c). Siendo así, el recurso de nulidad impetrado por el Ministerio Público no puede prosperar.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 297, 342 letra c), 352, 372, 374 letra e), y 384 del Código Procesal Penal, se **RECHAZA** el recurso de nulidad deducido en contra la sentencia definitiva, de fecha veintitrés de julio de dos mil dieciocho, dictada por doña Paula Fernández Bernal, Juez de Garantía Suplente de Mariquina, en autos RIT O-868-2015, R.U.C. 1400487237-2, la cual no es nula.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia

**Rit:** 48-2018

**Ruc:** 1700236854-4

**Delito:** Robo con fuerza en lugar no habitado

**Defensor:** Hardy Grothe Poblete

**22.- Corte rechaza recurso de nulidad, adheriendo a la teoría de la ablatio, ratificando la condena por el delito de robo con fuerza en lugar no habitado en grado consumado, desechando la petición de la defensa que solicitaba la rebaja en un grado por encontrarse en grado de frustrado. (CA Valdivia 25.09.2018 rol 48-2018)**

**Norma asociada:** CP art.442 N°1; CP art.7; CP art.51; CPP art.373 b;

**Tema:** Recursos; Delitos contra la propiedad; Iter criminis.

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Robo con fuerza en las cosas; Delito consumado; Delito frustrado.

**Magistrados:** Juan Ignacio Correa Rosado; Gloria Edith Del Carmen Hidalgo Alvarez; Blanca Inés Aguilera Astudillo.

**SINTEISIS:** Defensor Penal interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia que condena a los imputados por su participación como autores directos del delito de robo con fuerza cometido en lugar no habitado, al tenor del art.442 N°1 del CP. Invoca el art.373 b del CPP. La defensa solicita que se rebaje la pena en un grado a la contemplada por la ley al delito, pues los hechos establecidos se encontraban en una etapa de desarrollo frustrado, puesto que, forzaron la puerta del inmueble ingresando al interior de la casa sustrayendo variadas especies, huyendo del lugar hacia el camino público, subiendo a una camioneta que los esperaba en marcha, tras huir del lugar fueron detenidos a los pocos kilómetros por funcionarios de la PDI que vigilaban el sector. La Corte no acoge la petición de la defensa, fundamenta citando doctrina mayoritaria para determinar cuando se entiende consumado el delito, señalando cuando se produce la apropiación en el delito de hurto. Aparte, continúa explicando las cuatro posiciones doctrinales y adheriendo a la tesis de la ablatio, estableciendo que el momento consumativo coincide en todos los casos en que la custodia se entiende ejercida sobre un determinado ámbito espacial, y se entiende que esa custodia perdura mientras la cosa permanece en ese ámbito. Además cita un fallo de la Corte Suprema en que indica que: *“al no darse los presupuestos del delito consumado, que como se ha dicho, en este tipo de delitos son para el hechor comportarse como propietario de la especie y para la víctima que haya salido de su esfera de resguardo”*.

**Texto íntegro:**

Valdivia, veinte y cinco de septiembre de dos mil dieciocho.

**VISTOS:**

Que el Defensor Penal Particular Sr. Hardy Grothe Poblete, por sus representados don M.F.P.A. y J.R.Z.O, dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia de treinta y uno de julio de dos mil dieciocho, pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Osorno, que declaró lo siguiente, en lo que respecta a los recurrentes:

I.- Que se condena a M.F.P.A, cédula de identidad Nro. 16.831.326-8; y a J.R.Z.O, cédula de identidad Nro. 14.097.157-K, ya individualizados; a sufrir cada uno la pena de tres años y un día de presidio menor en grado máximo, más la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos, y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena, por la participación de ambos en carácter de AUTORES DIRECTOS del delito de robo con fuerza cometido en lugar no habitado, al tenor del artículo 442 Nro. 1 del Código Penal, cometido el 10 de marzo de 2017 en Purranque, en perjuicio de Juan Carlos Yunis Aedo.

II.- Que la pena impuesta previamente se cumplirá real y efectivamente, por no cumplirse los requisitos para decretar alguna medida alternativa a la privación de libertad. Para dicho efecto se contará como abono el tiempo en que los acusados han permanecido privados de libertad en esta causa, por 373 días en el caso de ambos acusados, sin perjuicio de otros abonos que pueda considerar el juez de ejecución.

Como causal de nulidad invoca la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal que señala: *“Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: b) Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.”* Alega que en la sentencia se hizo una errada aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues los hechos establecidos se encontraban en una etapa de desarrollo de frustrado, razón por la cual se les ha impuesto a sus representados una pena superior a la que legalmente les correspondía, infraccionando con ello lo prescrito en los artículos 7, 51, 442, todos del Código Penal.

Deduca el recurso a fin se anule la sentencia, dictando una de reemplazo, en que se rebaje la pena en un grado a la contemplada por la ley al delito, esto presidio menor en su grado mínimo.

En estrados la defensa del sentenciado reiteró sus planteamientos consignados en el recurso, o sea, la petición de la nulidad de la sentencia y que se dicte sentencia de reemplazo en los términos indicados. El Ministerio Público se opuso al recurso de nulidad.

#### **OÍDOS Y TENIENDO ADEMÁS PRESENTE:**

**PRIMERO:** Que durante el desarrollo del juicio oral, el tribunal dio por establecido los siguientes hechos:

*“El 10 de marzo de 2017, los acusados M.F.A.P y J.R.Z.O, junto a C.LI.R.S, concurrieron al predio agrícola de propiedad de J.C.Y. A, en el kilómetro 12,5 del camino que une Purranque y Crucero. Los tres se habían concertado previamente para ingresar a la casa existente en el lugar y sustraer especies de valor con ánimo de lucro y sin voluntad de su dueño. Al llegar, A,P y Z,O se aproximaron a la casa, constatando que no había nadie en el lugar. Forzaron una puerta del inmueble, que no estaba asegurada con llave, ingresando al interior de la casa, donde la víctima mantenía diversas especies. Se apoderaron de un televisor que estaba embalado, una plancha, una lijadora, treinta mil pesos en dinero*

efectivo y un perfume. Huyeron del lugar hacia el camino público, donde Rodríguez Soto los esperaba con su camioneta en marcha. Subieron a la misma y huyeron del lugar, para ser detenidos a los pocos kilómetros por funcionarios de la PDI que vigilaban el sector.”

**SEGUNDO:** Que el artículo 442 del Código Penal es del siguiente tenor: *“ El robo en lugar no habitado, se castigará con presidio menor en sus grados medio a máximo, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1. A Escalamiento. 2. Fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados. 3. Haber hecho uso de llaves falsas, o verdadera que se hubiere sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo o abrir los muebles cerrados.”*. Lo cual debe ser relacionado con el artículo 51 del Código Penal que señala *“A los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito.”*

**TERCERO:** Que el tema a dilucidar consiste en la hipótesis en que el autor trató de cometer el delito, pero que este no llegó a consumarse, lo que se denomina iter criminis, esto es la vía para el delito.

**CUARTO:** Que la doctrina, para determinar la consumación del hurto, es decir cuando se produce la apropiación, ha señalado cuatro posiciones: a) La del tocamiento o aprehensión de la cosa, denominada contrectatio; b) La de su remoción o desplazamiento, denominada amotio, La de su extracción, en que se saca la cosa de la esfera de su protección o cuidado, denominada ablatio; d) la de su traslado definitivo o aprovechamiento, en que se traslada la cosa a donde se quiere obtener el provecho definitivo(illatio)<sup>2</sup>

**QUINTO:** En atención a lo expuesto, la casi totalidad de la doctrina, adhiere a la **teoría de la ablatio**, con la honrosa excepción del Profesor Mario Garrido Montt, citado por el abogado recurrente, así el profesor Bascuñán *“la tesis de la ablatio como momento consumativo coincide con esta apreciación en todos los casos en que la custodia se entiende ejercida sobre un determinado ámbito espacial, y se entiende que esa custodia perdura mientras la cosa permanece en ese ámbito”*.<sup>3</sup> En el mismo sentido, los profesores Politoff, Matus y Ramírez, en su obra ya citada.

**SEXTO:** Que la Jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema, ha secundado la tesis de la ablatio para determinar el momento consumativo en que se perfecciona el delito de hurto, así en fallo 1611-2004, al rechazar recurso de nulidad del Ministerio Público señaló lo siguiente ***“al no darse los presupuestos del delito consumado, que como se ha dicho, en este tipo de delitos son para el hechor comportarse como propietario de la especie y para la víctima que haya salido de su esfera de resguardo”***(considerando sexto)

**SÉPTIMO:** Por todo lo expresado, concordamos con lo señalado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, cuando señala que el momento consumatorio, se da cuando se retiran las especies de la esfera de resguardo de la víctima (considerando octavo), lo que es concordante con la tesis de la ablatio, secundada por la doctrina y la Jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal, como ya señalamos anteriormente. Por estos motivos y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 378 y 384 todos del Código Procesal Penal, y 7, 51 y 442, todos del Código Penal, se declara que se rechaza el recurso de nulidad deducido en contra de la sentencia treinta y uno de julio de dos mil dieciocho, pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Osorno, fallo que no es nulo.

Regístrese y comuníquese. Redacción de la Abogada Integrante Sra. Blanca Aguilera Astudillo.

**ROL 590 – 2018 PEN.**

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia

**Rit:** 23-2018

**Ruc:** 1600071698-0

**Delito:** Abuso sexual reiterado

**Defensor:** Cristóbal Carvajal González

**23.- Recurso de nulidad que solicita que se absuelva por defectos en la valoración de la prueba que se desarrolla en la sentencia condenatoria por el delito de abuso sexual reiterado. La Corte lo rechaza, señalando que el recurrente busca que se haga una nueva ponderación de la prueba. (CA Valdivia 01.10.2018 rol 23-2018)**

**Normas asociadas:** CP art.366 bis; CP art.366 ter. CPP art.373 a; CPP art.374 e; CPP art.342 c; CPP art.297

**Tema:** Recursos; Delitos sexuales; Prueba

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Abuso sexual; Valoración de la prueba.

**Magistrados:** Maria Soledad Piñeiro Fuenzalida; Gloria Hidalgo Alvarez; Claudio Aravena Bustos.

**SINTESIS:** TOP resuelve, absolver por el delito de violación y condena por el delito de abuso sexual de menor de 14 años en carácter reiterado. La defensa interpone recurso de nulidad invocando como causal principal art.373 letra a, y subsidiariamente invoca la causal establecida en el art.374 letra e en relación al art. 342 letra c y en relación al art.297 del CPP.La Corte Suprema acogió la solicitud de reconducción de la causal de infracción de garantías a la contemplada en el art. 374 letra e. El recurrente señala que el fallo al valorar los medios de prueba y acreditar la existencia del delito, se ha contravenido los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia. Agrega que, los principales defectos en la valoración de la prueba que pugna con el art. 297, que se desarrolla en la sentencia y que dice relación con los que se formó la convicción de culpabilidad son los siguientes: -Falta de anclaje temporal;-Falta de detalles relevantes;-Contradictorio con su mismo relato;-Falta de daño;-Falta de conductas sexualizadas y falta de otras conductas. En cuanto a la contravención a las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados- art.342 letra c en relación con el art.297 del CPP, señala el recurrente que en la sentencia impugnada existen deficiencias en cuanto a la valoración individual y completa de la prueba, ya que las conclusiones que llega finalmente los sentenciadores de mayoría pugna con el art. 342 letra c) en relación con el art. 297, y por lo tanto, genera un vicio absoluto de nulidad. Agrega que existe una falta de valoración, porque no existe un sustrato que permita a los sentenciadores sostener más allá de toda duda razonable la decisión de condena, más que la íntima convicción del tribunal que la víctima tiene un relato verosímil. Sin embargo, la Corte rechaza el recurso fundamentando que sólo compete a esta Corte examinar, vía recurso de nulidad, si los jueces se hicieron cargo de toda la prueba producida en el juicio, y si dicho razonamiento es suficientemente motivado y reproducible, por lo tanto, el Juez es libre para apreciar la prueba, teniendo como obligación principal argumentar circunstanciadamente las razones de su decisión,

que deben fundarse en los antecedentes del proceso, de modo que su raciocinio pueda ser entendido por un hombre medio. Y a juicio de la Corte La sentencia recurrida es motivada, completa, suficiente y sus conclusiones son el fruto de dichas circunstancias, sin que se observe en ellas forzamiento alguno. Finalizan señalando que que lo que persigue el recurrente no es sino que se haga una nueva ponderación de la prueba que lleve a una conclusión distinta a la adoptada por el tribunal, lo que escapa a la circunstancia prevista por el legislador.

Valdivia, uno de octubre de dos mil dieciocho. **Vistos y Oídos los intervinientes:** En autos RIT O-23-2018, R.U.C. 1600071698-0, por sentencia de

catorce de julio de dos mil dieciocho, la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral de Valdivia, presidida por don Ricardo Aravena Durán, como juez titular, e integrada por doña Gloria Sepúlveda Molina, como jueza titular, y don Carlos Flores Valenzuela, como juez titular, se resolvió:

“I.-Que se ABSUELVE a E.F.G.A, Cédula Nacional de Identidad N.o X.7X3.X6X-X, como autor del presunto delito de violación, en grado de desarrollo consumado, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, presuntamente cometido respecto de la menor de iniciales N.Y.S.B.

II.-Que se condena a E.F.G.A, Cédula Nacional de Identidad N.o X.7X3.X6X-X, a cumplir la pena de CINCO AÑOS Y UN DÍA de presidio mayor en su grado mínimo, por su participación en calidad de autor del delito de abuso sexual de menor de 14 años en carácter de reiterado, previsto y sancionado en el artículo 366 bis del Código Penal, en relación al artículo 366 ter del mismo cuerpo legal, en la persona de la menor de iniciales N.Y.S.B., ilícito perpetrado en grado de consumado, en fechas no determinadas del año 2.015, en la comuna de Valdivia.

II.-Se le condena asimismo a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

III.- Que, además, al acusado G.A.de conformidad al artículo 372 del Código Punitivo, se le condena a la interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designa; a la sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal, sujeción que consistirá en informar a Carabineros cada tres meses su domicilio actual y, a la inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.

IV.-Por no reunir los requisitos establecidos en la Ley 18.216,no se le impondrá al sentenciado pena sustitutiva alguna, por lo cual la pena será de cumplimiento efectivo, sirviéndole de abono todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, esto es, sujeto a prisión preventiva desde el día 23 de enero de 2.016 hasta el día 9 de mayo de 2.016,y sujeto a la medida cautelar de arresto domiciliario total desde el 9 de mayo de 2.016 hasta la fecha, sin perjuicio de los días que este sujeto a dicha medida hasta que el presente fallo quede ejecutoriado. Total a la fecha 538 días.

V.-Que se le condena al pago de las costas del procedimiento.

VI.-Dese cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 19.970 que crea el Sistema Nacional de Registro de ADN, a fin de dar cumplimiento a lo ordenado, procédase a tomarla muestra respectiva por parte de Gendarmería de Chile.”.

La defensa de condenado, E.F.G.A, representado por el abogado defensor penal particular don C.C.G, respecto de la condena, interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia referida, invocando como causal principal la establecida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, toda vez que durante la tramitación del juicio se han infringido sustancialmente garantías aseguradas por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, en particular se ha infringido la presunción de inocencia. Subsidiariamente, invoca la causal establecida en el artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) en relación con el artículo 297, todas normas del Código Procesal Penal.

En relación con la causal principal señalada, la Excma. Corte Suprema por resolución de fecha siete de agosto de dos mil dieciocho, dictada en los autos rol No 16.967-18, acogió la solicitud de reconducción de la causal de infracción de garantías de competencia de esa Excma. Corte, a la contemplada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 383 del Código ya citado.

Respecto de la causal establecida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, que dispone: “El juicio y la sentencia serán siempre anulados: e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e).”. En el presente caso, específicamente, con lo dispuesto en la letra c) del artículo 342, que dispone: “Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva contendrá: c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”.(sic).

Expone la parte recurrente, como fundamento de la causal señalada, que el fallo recurrido adolece que al valorar los medios de prueba de conformidad con el artículo 342 letra c), y en consecuencia, acreditar la existencia del delito, se ha contravenido los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia.

Señala que *“la prueba angular que el TOP tuvo a la vista para dar por acreditada la existencia del delito, fue el testimonio de la víctima, el menor N.Y.S.B. Así indica en su considerando décimo que “los asertos de la ofendida, en tanto fuente de información directa, fueron apreciada como creíbles por el Tribunal, pues pese a su temprana edad, a sus limitaciones cognitivas, debidamente advertidas por la perito psicóloga Marjorie Hernández y considerando, además el tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos, fue clara en describir el contenido de los actos de significación sexual de los cuales fue víctima por parte del acusado, pudiendo situarlos también en el ámbito espacial y temporal”. Sin embargo, la recurrente cree que su testimonio no puede ser valorado por el tribunal para sostener una condena sin que se infraccione el art. 297 CPP, por carecer este relato de la suficiente coherencia, verosimilitud, y además, no se condice con el resto de la prueba ofrecida durante el juicio oral, y es contradictorio con su misma declaración”* (sic).

Agrega, que los principales defectos en la valoración de la prueba, que se desarrolla en la sentencia, y que dice relación con los que se formó la convicción de culpabilidad, son los siguientes:

1) Relato de la menor víctima N.Y.S.B: Se sostiene, que el relato otorgado por la menor en juicio oral, y recogido en la sentencia, no tiene las características necesarias para derribar la presunción de inocencia de su representado. Más que un relato propiamente tal se trata de afirmaciones sin mayores antecedentes o detalles, en especial, de falta de anclaje temporal.

La recurrente afirma, que se está en presencia de afirmaciones que no lo gran configurar un verdadero relato, pues no reúne estructura ni mayores detalles, por el contrario se advierten frases, que van surgiendo en diversos momentos y previo interrogatorio, y que resultan contradictorias entre sí, como con los otros medios de prueba.

Se sostiene, *“que es contradictorio entre sí su relato porque tal como se recoge en la sentencia la menor indica que “un día venían llegando de la playa, le dijo que se sacara el traje de baño, se bajó el cierre y otra vez le metió el pene en el potito. Estaban en su auto”. Para que minutos después, a las preguntas aclaratorias del Tribunal señaló que cuando venían de la playa el caballero le dijo a su nieto que fuera a botar la basura y la Antonia iba caminando y ella se quedó en el auto y ahí el caballero se empezó a bajar el cierre, ella se acercó a él, iba adelante en el auto y empezaron a darse besos en la boca, indicando la circunstancia en el vehículo como única. Esto es, la víctima se contradice en su misma declaración al declarar que en el vehículo había sido penetrada analmente, para después rectificar, indicando que lo del auto fueron sólo besos en su boca.”(sic).*

Agrega, *“ que en cuanto al lugar donde habría ocurrido los hechos, menciona que “algunas veces en su taller donde guarda sus materiales y a veces en su pieza”, lo que va en contra incluso lo que da por acreditado el tribunal, en cuanto sólo habría ocurrido en el taller. El dormitorio del imputado no fue objeto ni si quiera de fijación fotográfica, por lo que tampoco se acreditó algún tipo de abuso en ese lugar.”(Sic).*

2) Declaración de M.H.del V, para ello se cita el considerando décimo que señala *“quien dio cuenta de la versión de la menor N. Y.S.B. durante la entrevista, cuyo contenido también resulta coincidente con lo aportado por ella en estrados, a saber, que la menor identificaba a don E.F.G, vecino y abuelo de su amiga A. como el agresor y que pudo describir a lo menos tres eventos distintos, en tres de ello sindicó que “le metía el pene en su potito” y otras veces señaló que le había besado la boca, la vagina y le había pedido que le mostrara sus “tetitas”.*

*Asimismo, luego de la aplicación de los instrumentos correspondientes, concluyó que el relato de la víctima era creíble, apoyando la hipótesis de la verdad y descartando las hipótesis de engaño, sugestión y de posibles ganancias secundarias, todas conclusiones, que contaron con respaldo en la metodología utilizada y en sus propias explicaciones. En efecto, sostuvo que se descartó la sugestión por que el relato fue concordante con la declaración en Fiscalía, además porque la pudo apreciar a la niña muy ansiosa y angustiada en la entrevista. Justificó esta conclusión también porque el relato era concordante con lo declarado por la madre y con la fenomenología de los delitos sexuales, dio cuenta de la utilización del secreto y la amenaza “el acusado le decía: si tú dices esto lo va a saber la mamá de la Antonia, se van a enojar contigo y no vas a jugar más con ella”. Dio cuenta a modo de respaldo de sus afirmaciones de la entrega de regalos y la seducción, principalmente mediante la entrega de dinero.*

Estima la recurrente que este medio de prueba vulnera el artículo 297 del Código Procesal Penal, ya que:”- No hay una descripción ni estructuración del método científico utilizado.

*Únicamente lo menciona como SVA sin contener una explicación de su estructura y forma de uso; -indica que existe penetración anal, lo que fue descartado; La sugestión se descarta por un análisis de la carpeta de investigación, no por el análisis del relato;- Indica utilización de secreto y amenaza del acusado a la víctima: durante su declaración indicó que no había contado por su madre;-No refiere de conductas sexualizadas en la menor;- Se descarta sintomatología de daño asociado–estrés postraumático-en la niña. Situación que resulta curiosa si consideramos la acusación fiscal que sostiene graves y reiterados abusos en el plano de la sexualidad.”.*

3)Declaración de Gino Maccio Campos: Pese a que la defensa indicó que no hay daño en la víctima, el tribunal en contravención al citado artículo 297, señala que:“ *El tribunal estimó que el daño emocional de la ofendida fue acreditado principalmente con su testimonio, pues el profesional fue claro en señalar que tuvo acceso a los antecedentes preliminares de la investigación, lo que justificó al referir que había antecedentes de manipulación y coerción con el dinero y que el agresor era un vecino que tenía un grado de parentesco con la madre”.*

El referido testigo indicó que no obtuvo mayores detalles en cuanto a los abusos, ya que la víctima no le describió ningún pasaje abusivo.

Sostiene el recurrente, que “*pese a que pueda haber pesquisado un daño en la menor, este no necesariamente se va a relacionar con los hechos de la acusación (ya que no existe un peritaje objetivo en este sentido), y por otro lado, el hecho que la víctima en cinco meses bajo terapia elimine cualquier consecuencia grave de daño, como así lo declara la perito Marjorie del Valle. Va contra los conocimientos científicamente afianzados, como contra las máximas de la experiencia, que una víctima menos de edad de violación reiterada (como acusa la víctima) como de abuso sexual reiterado, no tenga los síntomas esperados ante la experiencia traumática señalada.”.*

4) Declaración subcomisario Gerardo Lillo Vargas: El funcionario de la PDI indicó que sólo había tomado declaración a una persona, y que no le tomó declaración al imputado, aun cuando el día de la denuncia éste se apersonó en dependencias policiales.

Por otro lado, indicó que no se indagó respecto a las actividades académicas de la menor, no se consultó a sus profesores, no se pericó ni el teléfono ni el computador del acusado, tampoco le tomó declaración al entorno cercano del acusado, y tampoco existió fijación fotográfica del sitio del suceso, por encontrarse cerrado, pero sin ponerse en contacto con el acusado ni con su familia.

5) Versión del acusado Erwin Gallardo Aburto: El acusado desde un primer momento ha negado categóricamente la ocurrencia de los hechos, y como señaló en estrados, nunca ha atentado en contra de la integridad de la víctima. Indica que es una persona trabajadora, quien no pasaba mucho tiempo en su casa, y nunca se encontró a cargo de la menor, con excepción de un par de ocasiones donde salió, además, acompañado de su nieta y el hermano de la víctima.

La parte recurrente, como fundamento de derecho indica, *que en la especie se ha omitido el requisito contemplado en la letra c) del artículo 342 CPP, esto es, “La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentar en dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”.El artículo 297,norma que regula la forma en que debe valorarse la prueba dispone*

que: “Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de lo de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.” (Sic).

Agrega, que “en relación a las principales razonamientos de la valoración de la prueba que pugna con el art. 297 CPP, encontramos: -Falta de anclaje temporal: la víctima no puede indicar con suficiente detalle el momento de cuándo habrían ocurrido los hechos. Sólo va contando el relato, pero sin ningún tipo de orden cronológico ni cuando habrían sucedido;- Falta de detalles relevantes: la víctima sólo indica conductas nucleares de la conducta, pero no da cuenta de detalles relevantes de contexto ni de sentimientos de vivencias del momento;- Contradictorio con su mismo relato;- Imposibilidad de ocurrencia: queda manifiesto que la víctima indica que estos hechos ocurrieron en el domicilio familiar del imputado;- Falta de daño: Se puede indicar que la menor incluso al momento de declarar no presentaba conductas típicas de una persona que ha sufrido un delito de abuso sexual. Esta circunstancia fue constatada por la perito Marjorie Hernández, quien indicó que la menor no presenta síntomas de depresión o de estrés post traumático. Sobre ese punto, el sentenciado indica que a la fecha del peritaje la víctima ya se encontraba en proceso de intervención desde hace seis meses, y que por tanto era esperable que estos síntomas fueran en remisión. Sin desmerecer el trabajo que realizó el psicólogo de la terapia Ginno Maccio, va contra la literatura psicológica, y por tanto, contra los conocimientos científicamente afianzados, que un menor pueda superar el daño producto de un abuso sexual (y violación como indicaba la víctima) en apenas seis meses;- Falta de conductas sexualizadas y falta de otras conductas: por su parte, el entorno más cercano de la víctima indicó que en ningún caso vieron conductas sexualizadas de la víctima, ni su madre, abuela o padrastro. Por otro lado, el testigo subcomisario Lillo indicó que entrevistada la directora de la escuela de la víctima le indicó que no habría existido ningún cambio de conducta como tampoco una baja de notas. Es más, la perito psicóloga del Valle indica que realizó una investigación de las notas de alumna al momento de los hechos o de su develación, no registrándose una baja de estas, sino que, al revés, en el último semestre existía una mejoría.”.

En cuanto a la contravención a las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados- artículo 342 letra c) en relación con el artículo 297, ambos del Código Procesal Penal- señala el recurrente, que: “En la sentencia impugnada existen deficiencias en cuanto a la valoración individual y completa de la prueba, ya que las conclusiones que llega finalmente las sentenciadoras de mayoría pugna con el art.342 letra c) en relación con el art.297 CPP, y por lo tanto, genera un vicio absoluto de nulidad.” (Sic).

Para la recurrente, existe una falta valoración porque no existe un sustrato que permita a los sentenciadores sostener más allá de toda duda razonable la decisión de condena, más que la íntima convicción del tribunal que la víctima tiene un relato verosímil. Agrega, que la declaración de la víctima no puede ser valorada por el tribunal para probar la ocurrencia de los hechos sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, ya que esta tiene graves defectos de idoneidad

para fundar una sanción penal y sus características pugna con los conocimientos científicamente afianzados.

Que la infracción del artículo 297 del Código Procesal Penal se produce porque, a diferencia del común de los casos donde hay condena de este tipo, el relato de la víctima es muy escueto, no otorga detalles, no fue espontáneo sino que surgió por las preguntas realizadas por los intervinientes. Además, en la víctima no se observó alguna dificultad emocional al momento de declarar, como miedo o vergüenza, sino que, y como señaló la perito, tampoco tenía indicadores de estrés post traumático, sólo algunos indicadores de ansiedad.

Señala, que por otro lado, tampoco existen conductas sexualizadas anteriores o posteriores observadas por la madre del menor, por su abuela, o por otras personas cercanas a la menor.

Dicho de otro modo, *“la agresión sexual reiterada NO tuvo consecuencias físicas ni psicológicas en el menor, como lo documentan los estudios sobre el ramo y la jurisprudencia, lo que pugna con el art. 297 CPP.”*(Sic).

Sobre el particular indica que, en el presente caso, careciendo de fiabilidad individual no pueden ser utilizadas como premisas para establecer la hipótesis acusatoria, pues como se ha expresado, existen dudas razonables para establecer la supuesta dinámica abusiva, el espacio y la época en que se ejecutada, así como su reiteración.

Culmina señalando, que la sentencia recurrida infringe el artículo 342 letra c) en relación con el artículo 297 del Código Procesal Penal, ya que existe una omisión de un hecho debatido en la sentencia, y la valoración de la prueba transgrede los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Que la decisión impugnada debe ser dejada sin efecto, de lo contrario su parte sufriría un agravio al soportar una pena, sin que la sentencia que la impone cumpla con los requisitos de validez que el legislador ha establecido para el caso.

Finalmente, solicita acoja el presente recurso, decretando la nulidad del juicio oral y de la sentencia pronunciada en el mismo y ordene se verifique un nuevo juicio oral por una sala no inhabilitada, por concurrir la causal de nulidad del artículo 374, en relación a la letra c) del artículo 342 y, éste último a su vez, en relación al artículo 297, todos del Código Procesal Penal.

Se declaró admisible el recurso, y se fijó día y hora para el conocimiento del mismo. Concurrieron a alegar en la audiencia, por la parte recurrente, su abogado defensor particular, don Cristóbal Carvajal González, por la parte de Ministerio Público, la abogado doña Carola Vyhmeister Sánchez, y por la parte querellante, el abogado José Miguel Salazar Isla.

#### **OIDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** El recurso de nulidad, es entendido por la Doctrina, como “un recurso extraordinario que se interpone por la parte agraviada por una sentencia definitiva dictada en procedimiento ordinario, simplificado o de acción penal privada, ante el tribunal que la dictó, con el objeto de que el superior jerárquico que sea competente, en conformidad a la ley, invalide el juicio oral y la sentencia, o solamente esta última, cuando en la tramitación

del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes o cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido en lo dispositivo del fallo.”.

**SEGUNDO:** Que el recurso de nulidad materia de autos, en la causal invocada, tiene por objeto que se invalide el juicio y la sentencia recurrida, determinándose el estado del procedimiento en que debe quedar la causa, ante el tribunal no inhabilitado que corresponda para la realización de un nuevo juicio oral.

**TERCERO:** Que el recurso de nulidad estructurado en el Código Procesal Penal, según sea la causal invocada, tiene por objeto o asegurar el respeto a las garantías y derechos fundamentales, las comprendidas en los artículos 373 letra a) y 374, o bien, conseguir sentencias ajustada a derecho, artículo 373 letra b).

Como ya se dijo, la parte recurrente invoca como sustento de su recurso, la causal contemplada en el artículo 374 letra e), en relación al artículo 342 letra c), todos del Código Procesal Penal, con los argumentos antes expuestos en el presente fallo.

**CUARTO:** Que teniendo presente el principio de inmediación que rige el proceso oral, sólo compete a esta Corte examinar, vía recurso de nulidad, si los jueces se hicieron cargo de toda la prueba producida en el juicio, y si dicho razonamiento es suficientemente motivado y reproducible, esto es, que este acorde los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, lo que implica un mero control del razonamiento valorativo en los términos exigidos por el artículo 297 del Código Procesal Penal. Luego, lo que exige la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, es exponer en la sentencia los hechos probados en el juicio - conforme la prueba rendida por los intervinientes-, y efectuar un examen valorativo de los elementos de convicción allegados en la audiencia de juicio ciñéndose a lo que indica el artículo 297 del Código Procesal Penal y, solamente es procedente acoger el recurso de nulidad en aquellos casos, en que los jueces han omitido exponer en la sentencia los hechos en la forma que indica la referida letra c) del artículo 342 y, cuando el fallo silencia toda referencia a las razones, en virtud de las cuales se aceptan determinadas pruebas o se desestiman otras, y, además, cuando omite señalar cómo el tribunal adquirió, su convencimiento o los motivos por los cuales no logró esa convicción.

**QUINTO:** Como se ha dicho, al dictar la sentencia al tribunal le corresponde realizar una doble función: a) debe exponer los hechos y circunstancias que se dieron por probados (favorables o no al acusado) y b) ha de valorar los medios de prueba que fundamenten tales conclusiones conforme lo que indica el artículo 297 del Código Procesal Penal.-

Por su parte la Corte de Apelaciones, conociendo del recurso de nulidad, fundado en la causal antes mencionada, tiene como labor será la de comprobar si la sentencia que dictó el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal omitió o no el requisito antes aludido, según lo dispone el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal.

**SEXTO:** Que relacionando el artículo 374 letra e) con la letra c) del artículo 342, ambos del Código Procesal Penal, la sentencia debe contener la exposición clara, lógica y completa de los hechos probados en el juicio (conforme la prueba rendida por los intervinientes) y, efectuar un examen valorativo de los elementos de convicción allegados en la audiencia de

juicio, ciñéndose a lo que indica el artículo 297 del Código Procesal Penal y, solamente es procedente acoger el recurso de nulidad, entre otros casos, cuando los jueces han omitido exponer en su sentencia los hechos en la forma que indica la letra c) del artículo 342 y, cuando silencia toda referencia a las razones en virtud de las cuales se aceptan determinadas pruebas o se desestiman otras, y además cuando omite señalar cómo el tribunal adquirió su convencimiento o los motivos por los cuales no logró esa convicción.-

Conforme a lo dicho, lo que esta Corte debe analizar es la eventual inexistencia de motivaciones y no su mérito, siendo menester, en consecuencia, determinar si el fallo recurrido expresó las razones jurídicas por las que alcanzaba la convicción condenatoria respecto a la figura penal atribuida al imputado de tal modo que ese raciocinio, sea comprensible para un hombre medio y la sentencia cumpla el estándar de fundamentación que el legislador previno, como asimismo si se reprodujeron y ponderaron adecuadamente los medios probatorios aportados por los intervinientes .

Una detenida lectura de los diversos fundamentos de la sentencia, demuestra que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dio estricto cumplimiento a todos los requisitos que contempla el artículo 342 del Código Procesal Penal y en forma especial el de la letra c), en el cual se funda el recurso de nulidad.-

En efecto, el tribunal conforme la norma del artículo 297 del Código Procesal Penal tuvo por acreditados los hechos y circunstancias que se describen en los considerandos sexto, noveno, décimo, undécimo y duodécimo de la sentencia recurrida, describe los medios de prueba aportados, en su considerando sexto, los del acusador, y el considerando séptimo los de la defensa; describe los elementos del tipo penal en su considerando duodécimo; razona sobre la credibilidad de las declaraciones testimoniales y de la víctima, el mérito de las pericias, y la valoración conjunta y armónica de toda la prueba en su considerando décimo, así como su confrontación; y, reserva el considerando décimo cuarto para dar las razones por las cuales desestima la solicitud de absolución de los delitos reiterados de abuso sexual, y cumpliendo con lo previsto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, esto es, en un marco de razonabilidad, sin contradecir las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados, determinan las conclusiones a las que arriban los juzgadores por unanimidad, para acreditar los presupuestos fácticos de la acusación y cada uno de los elementos que comprende las figuras penales imputadas y la participación del acusado.

Lo anterior significa que los elementos de convicción o de prueba que los intervinientes aportaron al juicio fueron valorados en la forma que dispone la ley, inspirándose en los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados aplicados a las *especiales circunstancias de comisión* de los delitos investigados.

**SEPTIMO:** A mayor abundamiento, se estima necesario precisar que las exigencias impuestas al sentenciador por los artículos 297 y 342 c) del Código Procesal Penal, se refieren a la apreciación de la prueba, caracterizada por “la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad pero respetando, al explicar cómo llegó a ellas, los principios de la recta razón, esto es, las normas de la lógica (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación y los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontrarrestables de las ciencias (...) y la experiencia común” (Cafferata Nores, José I. y Hairabedián Gogas, Maximiliano, La

Prueba en el Proceso Penal, pág. 65-66). Además, "los razonamientos que haga el juez deben encadenarse de tal manera que conduzcan sin violencia, "sin salto brusco", a la conclusión establecida y sus juicios deben ser susceptibles de confrontación con las normas de la razón" (González Castillo, Joel La Fundamentación de las Sentencias y la Sana Crítica, Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N1, pág. 100).

Es decir, el Juez es libre para apreciar la prueba, teniendo como obligación principal argumentar circunstanciadamente las razones de su decisión, que deben fundarse en los antecedentes del proceso, de modo que su raciocinio pueda ser entendido por un hombre medio.

Por otra parte, la Excma. Corte Suprema, en diversos fallos, ha referido en cuanto a las reglas de la lógica, de la experiencia, y de los conocimientos científicamente afianzados, refiere que: "Entendiendo a la lógica como la ciencia que expone las leyes, modos y formas del conocimiento científico, el discurso que en base a ella se propone supone una construcción racional conforme a determinadas premisas.

De esta manera, la lógica pretende distinguir los razonamientos correctos de aquellos que no lo son, para lo cual en sus proposiciones debe existir una vinculación racional, a las que se le denomina: Implicación, equivalencia, consistencia e independencia. La lógica formal origina las leyes: a) De la identidad, que pretende significar que si una proposición es verdadera, siempre será verdadera ya que la identidad de la persona o cosa es la misma que se supone; b) De la falta de contradicción, según la cual una proposición no puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo, de lo que se sigue que dos juicios contrapuestos o contradictorios se neutralizan o destruyen entre sí, así como dos juicios contradictorios no pueden ser simultáneamente válidos y que, por lo tanto, basta con reconocer la validez de uno de ellos para poder negar formalmente la validez del otro; c) De tercero excluido, en que una proposición no puede ser verdadera o falsa al mismo tiempo. Por ello, dos juicios contradictorios no pueden ser simultáneamente falsos, bastando con reconocer la falsedad de uno de ellos para poder afirmar formalmente la validez del otro; y d) De la razón suficiente cuya implicancia, para quienes no la consideran como parte integrante de la teoría de la demostración, contempla que cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho, tiene que estar fundamentada o probada, pues las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia. (Nelson Pozo Silva, Argumentación de la sentencia penal, Editorial Puntotext).

Por su parte, la experiencia comprende por nociones de dominio común y que integran el acervo cognoscitivo de la sociedad, aquellas que se aprende como verdades indiscutibles. Couture definió las llamadas máximas de experiencia como "normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie" (Fundamentos de Derecho Procesal Civil, página 192). De su parte, Friedrich Stein expresa que éstas "son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos" (El conocimiento Privado del Juez, página 27, citados por Joel González Castillo, Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N° 1, año 2006).

De su parte, los conocimientos científicamente afianzados son diversos, pero se ajustan a conclusiones que se adquieren aplicando el método científico, el cual se caracteriza por sus

etapas de conocimiento, observación, planteamiento del problema, documentación, hipótesis, experimentación, demostración o refutación y conclusión: tesis o teoría. Los conocimientos científicos están asociados a las teorías y leyes de las diversas ciencias, las que se han construido mediante el método científico, el cual está caracterizado fundamentalmente por la demostración.

La diferencia entre la lógica formal con las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, está constituida por el hecho de que la primera no requiere ser demostrada.” (Fallos C. Suprema, causas roles No 5375-2010; 2358-2014; 964.2003, entre otros).

De la lectura de la sentencia recurrida, se aprecia que ella cumple con los parámetros antes indicados.

**OCTAVO:** La Doctrina, ha sostenido que cuanto al control de la motivación en la determinación de los hechos, se ha sostenido que: *“si bien es cierto que en el sistema de la sana crítica racional, el juzgador no está sometido a reglas que prefijen el valor de las pruebas, sino que es libre para apreciarlas en su eficacia, la legitimidad de esa apreciación dependerá de que su juicio sea razonable. Es decir, que al apreciar los elementos de prueba incorporados al proceso, observe las reglas fundamentales de la lógica, de la psicología y de la experiencia común que deben siempre informar el desenvolvimiento de la sentencia”* (Julio Maier, El Control Judicial de la Motivación de la Sentencia Penal en “La Motivación de la Sentencia Penal y Otros Estudios. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, página 118).

La sentencia recurrida es motivada, completa, suficiente y sus conclusiones son el fruto de dichas circunstancias, sin que se observe en ellas forzamiento alguno.

**NOVENO:** Ahora bien, respecto del estándar de prueba, necesario para destruir el principio de inocencia, esto es, más allá de toda duda razonable, se dirá, que en nuestro nuevo sistema procesal penal, constituye un principio básico, la presunción de inocencia del imputado, consagrado en el artículo 4 del Código Procesal Penal, el que dispone que ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme. Que, este principio de inocencia ha sido considerado como integrante del debido proceso. *Que, como consecuencia de lo antes señalado, todo ciudadano que es sometido a proceso penal, llega con un status que debe ser destruido y en ello reside la construcción de la culpabilidad.* (Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. María Horvitz y Julián López. Pág. 79). Que esta presunción de inocencia, constituye, en el proceso penal, una garantía política que protege al ciudadano que ingresa al ámbito de la actuación de las normas procesales y penales, *pues el proceso penal constituye un sistema de reconstrucción de la verdad que involucra grados crecientes de sospecha respecto de la participación que le ha cabido a un individuo en un hecho punible, avanzando desde un estado de duda al estado de certeza.* Este principio no constituye obstáculo para el desarrollo gradual de estos niveles de conocimientos (desde la duda o sospecha hasta conseguir un grado de certeza), pero si es obstáculo para que se impongan al imputado las consecuencias penales derivadas del juicio de culpabilidad. (O.cit pág.79 y 80). Que, este principio tiene una relación directa con la carga de la prueba, la que recae sobre el Estado y de su órgano persecutor, lo que se traduce en una regla de enjuiciamiento, consistente en que *si el Estado no logra satisfacer el estándar probatorio impuesto por la ley procesal penal, la consecuencia necesaria del incumplimiento de esa carga es la absolución del acusado,* lo que constituye una aplicación práctica del principio in dubio pro reo.

Conocido es, que en nuestro sistema, el estándar de la prueba exigida para alcanzar la plena convicción que permita condenar, es el *más allá de toda duda razonable, establecido en el artículo 340 del Código Procesal Penal*, el que dispone que “nadie puede ser condenado por delito, sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiere, más allá de toda duda razonable, que en el hecho punible le hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”. La doctrina indica, que “*para entender el significado de “convicción más allá de toda duda razonable”, se han desarrollado fundamentalmente dos criterios, el de la vacilación para actuar y el de la certeza moral, siendo el primer estándar de convicción definido en términos negativos, esto es, a través de la conceptualización del tipo de duda que permite afirmar que el estándar de la prueba ha sido insatisfecho “esto es, una duda que lleva a una persona razonable a vacilar de actuar en una materia de importancia en su vida personal,”* duda basada en la razón y en el sentido común, por lo que prueba más allá de toda duda razonable debe ser una prueba de un carácter tan convincente que una persona razonable no vacilaría en confiar y actuar sobre ella en los más importantes de sus asuntos. (Ob. Cit. Pág. 159, 160, 161). Que el segundo criterio, de la certeza moral, define el estándar en términos positivos, entendiendo por certeza “*la firme creencia de estar en posesión de la verdad”, debiendo entender que no se trata de una certeza absoluta, la que se puede dar en la demostración matemática y sí de la certeza moral, que es aquella se puede obtener en la esfera empírica de los hechos. La certeza moral o práctica es el nivel más alto de certeza que un individuo puede tener en ausencia de una certeza absoluta, y ha sido equiparada con prueba más allá de una duda razonable, la que se ha definido como aquella “prueba que los deja a ustedes firmemente convencidos de la culpabilidad del acusado y no los conduce a pensar que haya una posibilidad real de que sea inocente”.* (Federal Judicial Center, Pattern Criminal Jury Instructions 28-29 (1988) Ob.cit. Pág. 163).

La sentencia recurrida en su considerando décimo cuarto, al desestimar la petición de absolución, precisamente indica las razones que la llevaron a descartar la presencia de una duda razonable, conclusiones que ésta Corte comparte.

**DECIMO:** Que como ya se dijo y sin perjuicio que no es dable discutir los hechos ya asentados por la sentencia recurrida, lo concreto es que los sentenciadores razonan de manera clara, lógica y completa en torno a las circunstancias reprochadas, respecto de la causal invocada en el recurso, como se desprende latamente en los considerandos sexto, séptimo, noveno, décimo, undécimo, duodécimo y décimo cuarto de la sentencia recurrida, que da cuenta de lo hechos acreditados y la participación del imputado.

**UNDECIMO:** Que la apreciación de la parte recurrente, que constituye la base de su reproche, no pasa de ser una apreciación subjetiva de la defensa y carente de sustento fáctico, por lo que no es dable hacer a los sentenciadores los reproches aludidos, de lo que se infiere, en definitiva, que lo que persigue el recurrente no es sino que se haga una nueva ponderación de la prueba que lleve a una conclusión distinta a la adoptada por el tribunal, lo que escapa a la circunstancia prevista por el legislador.

La sentencia contiene los suficientes argumentos de hecho y de derecho para arribar a la conclusión de condena del acusado GALLARDO ABURTO, por consiguiente, no concurriendo en la especie el vicio de nulidad alegado, el presente recurso deberá ser rechazado por la causal invocada.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 352, 372, 342 letra c), 374 letra e), 384 y 386 del Código Procesal Penal, se **RECHAZA** el recurso de nulidad deducido en contra la

sentencia de fecha catorce de julio de dos mil dieciocho dictada en los autos RIT O-23-2018, R.U.C. 1600071698-O, por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral de Valdivia, presidida por don Ricardo Aravena Durán, como juez titular, e integrada por doña Gloria Sepúlveda Molina, como jueza titular, y don Carlos Flores Valenzuela, como juez titular, la cual no es nula.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:**

**Ruc:**

**Delito:**

**Defensor:** Marcela Tapia Silva.

**24.- Acoge recurso de amparo por vulneración de derechos constitucionales de libertad personal y seguridad individual y por violar el artículo 19 N° 6 y 7 de la Constitución Política de la República, siendo el responsable el Director Regional de Gendarmería. Se dejan sin efecto los beneficios extra penitenciarios que mantenían antes de su revocación (CA De Valdivia 02.10.2018 rol 66 – 2018).**

**Normas asociadas:** CPR art.6; CPR art.7; CPR art.19 N° 6°; CPR art.19 N° 7°; CPR art.19 N° 21; DL 2859 art. 12.

**Tema:** Recursos; Derecho penitenciario; Delitos sexuales.

**Descriptor:** Derechos fundamentales; Derecho a la libertad personal y seguridad individual; Garantías; Recurso de amparo.

**Magistrados:** Carlos Iván Gutiérrez Zavala, Samuel David Muñoz Weisz, Gloria Edith Del Carmen Hidalgo Álvarez.

**SINTESIS:** Defensora interpone recurso de amparo contra Director Regional de Gendarmería, por vulneración de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, imputados a quienes fueron revocados de sus beneficios intra penitenciarios debido a observaciones que se emitieron por el Consejo. Desde ese día los internos han dejado de percibir del beneficio de la salida progresiva al medio libre, situación que resulta ilegal y arbitraria y vulnera las normas constitucionales antes mencionadas debido a la inexistencia de esa facultad en el DL 2.859, esto es, la imposibilidad del Director Regional de citar a dicho Consejo a un Consejo Extraordinario a una reevaluación de la ficha, de lo cual no solo resulta ilegal la formación de este grupo sino también quienes participaron de la votación estando limitados por la ley a tener solamente derecho a voz. La Corte acoge el recurso de amparo, y declara que se mantienen los beneficios extra penitenciarios.

**TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, uno de octubre de dos mil dieciocho.

Vistos:

Con fecha 21 de septiembre de 2018 Marcela Tapia Silva, Defensora Penal Público Penitenciaria, domiciliada en Carlos Anwandter 635, Valdivia, dedujo acción Constitucional de Amparo a favor de J.N.C.G., G.E.A.C-, J.B.M.M., O.M.S., O.D.C.S.V., J.H.P.C., todos

internos habitantes de la cárcel de Río Bueno, y que transitoriamente se encuentran en el Complejo Penitenciario de Valdivia, en contra del Director Regional de Gendarmería, don Manuel Palacios Marchant, domiciliado en calle Maipú n.º 151, 3º Piso, Valdivia, por vulnerar el derecho constitucional a la libertad personal y seguridad individual y por vulnerar el artículo 6 y 7 de la Constitución Política de la República, pretendiendo: a) Se declare la ilegalidad de las actuaciones realizadas por el Director Regional de Los Ríos, al citar, integrar y votar en el Consejo Técnico Extraordinario de fecha 16 de agosto de 2018. b) Se declaren infringidos los derechos constitucionales a la libertad personal y seguridad individual, consagrados en el artículo 19 n.º 7 de la Constitución Política de la República, así como, los artículos 6 y 7 del mismo cuerpo legal. c) Se deje sin efecto el Consejo Técnico Extraordinario celebrado con fecha 16 de agosto de 2018, así como el Acta Sesión n.º 155. d) Se dejen, sin efecto, las revocaciones de beneficios intra penitenciarios de los amparados. Fundó su acción en que el día 3 de agosto de 2017, la totalidad de los internos de la cárcel de Río Bueno fueron trasladados al Complejo Penitenciario de Valdivia por riesgo inminente de incendio producto de una falla general del sistema de electricidad sumado a la precaria infraestructura del penal. Entre los trasladados, estaban los amparados, quienes gozaban de los siguientes beneficios intra penitenciarios: 1. J.N.C.A., edad 55 años, condenado por delito de abuso sexual de menor de 14 años, con beneficio de salida dominical a contar de 13 de mayo de 2018. 2. G.E.A. Carrasco, edad 35 años, condenado por manejo en estado de ebriedad, además de una condena por violencia intrafamiliar, con beneficio de salida dominical a contar del 15 de julio de 2018. 3. J.B.M.M., edad 74 años, condenado por delito de violación, con beneficio de salida dominical a contar del 15 de julio de 2018. 4. Oscar Monsalve Saldías, edad 23 años, condenado por delito de violación de menor de 14 años, con beneficio de salida dominical a contar del 15 de julio de 2018. 5. Otto Del Carmen Solís Vera, edad, 80 años, con beneficio de salida de fin de semana a contar de 6 de abril de 2018, y salida dominical, a contar del 24 de diciembre de 2017. 6. J.H.P.C., edad 55 años, condenado por abuso sexual, con beneficio de salida dominical a contar de 14 de mayo de 2017, salida de fin de semana a contar del 10 de noviembre de 2017, y salida controlada al medio libre a contar de 9 de mayo de 2018. Agregó que con fecha 16 de agosto de 2018, a instancias del Director Regional de los Ríos, se realizó un Consejo Técnico extraordinario, con la finalidad de reevaluar los beneficios intra penitenciarios otorgados a los internos de Río Bueno. En ese Consejo Técnico participaron: el Alcaide, Teniente Coronel José Gallardo Muñoz; el Jefe del Área de Reinserción Social, Asistente Social Karin Godoy Pacheco; el Jefe Operativo Teniente Coronel, Héctor Inostroza Orellana; el Jefe Interno Mayor, Emylyn Ibáñez González; el Encargado Laboral, Cabo Carolina Valdebenito Rodríguez; el Coordinador Educacional, Sargento Mauricio Valderrama Díaz. Asimismo, participaron en calidad de invitados: el Director Regional de los Ríos, Manuel Palacios Marchant, junto con otras autoridades. En dicha instancia se analizaron uno por uno los casos, votando para la respectiva mantención o revocación de beneficios, el Director Regional de Los Ríos, el Alcaide del Complejo Penitenciario de Valdivia y el Alcaide de la cárcel de Río Bueno. Como resultado de esta sesión se elabora el acta n.º 151, en la que se revocan los beneficios intra penitenciarios de los internos amparados, debido a observaciones que se realizan a los informes técnicos. Estos informes técnicos fueron elaborados en su oportunidad, por el Consejo Técnico de

Rio Bueno, y sirvieron de base para otorgar los respectivos beneficios. En consecuencia, desde ese día los internos amparados han dejado de gozar de la salida progresiva al medio libre, sin que estos hayan incurrido en algún hecho que amerite la revocación. Lo anterior ha significado la privación, perturbación y amenaza al espacio de libertad personal conseguido por los amparados, pues el Director Regional de Gendarmería, convocó, integró y votó en un Consejo Técnico de carácter extraordinario, al margen de la normativa establecida en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, como de la propia normativa interna de Gendarmería de Chile, específicamente la Resolución Exenta n.º 11523, revocando los beneficios intra penitenciarios de los amparados. Por tanto, se actuó al margen de la legalidad vigente, afectando directamente el legítimo ejercicio de los beneficios intra penitenciarios que los internos tenían. En efecto, señaló que el artículo 12 del Decreto Ley 2.859, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, establece las funciones del Director Regional, y en ninguna parte del articulado se le otorga al Director Regional de Gendarmería la facultad de citar a un Consejo Técnico, situación que ocurrió y que reconoce la propia autoridad en la tabla respectiva del Acta Sesión N° 155, del Consejo Técnico, cuando dice textual que " El señor Director Regional, informa a los integrantes del Consejo Técnico que esta sesión extraordinaria se efectúa con la finalidad de reevaluar los beneficios intrapenitenciarios otorgados a los internos condenados de Rio Bueno, según la normativa dice que no podemos reevaluar los beneficios otorgados, si la atribución como Director Regional puedo supervisar los procesos y habiendo observaciones tengo que tomar acciones.." Que si bien, efectivamente en conformidad al artículo 12 letra d) de la Ley Orgánica de la institución, el Director Regional puede: "d) Supervisar y controlar los programas y proyectos de reinserción social en establecimientos penitenciarios de administración directa, concesionados y aquellos del medio libre", no está facultado para convocar a un Consejo Técnico, ni ordinario ni extraordinario, pues la propia Resolución Exenta 11.523 de Gendarmería de Chile, regula detalladamente el funcionamiento del Consejo Técnico, estableciendo que éste es un órgano asesor del Jefe de Establecimiento, de integración colegiada, que funciona en sesiones ordinarias, a lo menos una vez al mes y, extraordinariamente cuando el Jefe del Establecimiento lo disponga o a requerimiento del Consejo Técnico (Artículo 8). Por tanto, la realización de este Consejo Extraordinario, se hizo al margen de las facultades legales que establece la normativa interna de Gendarmería, lo que infringe lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución. Por otro lado, los artículos 4 y 6 de la Resolución Ex. 11523, regulan la integración del Consejo Técnico indicando que: "Artículo 4: Integrantes: El Consejo Técnico en los establecimientos penitenciarios, estará integrado por los siguientes funcionarios: a) El Jefe del Establecimiento Penitenciario b) El Jefe Operativo c) El Jefe de Régimen Interno d) El Jefe Técnico Local e) El funcionario responsable de las actividades laborales y/o de formación para el trabajo f) El coordinador educacional institucional En los casos en que exista un Centro de Educación y Trabajo Cerrado, será integrante del Consejo Técnico el Jefe de dicho establecimiento. Tendrán derecho a voto todos los integrantes que asistan a la respectiva sesión, quienes no podrán abstenerse de emitirlo. En las sesiones en que se conozcan solicitudes de permisos de salida, la Jefatura del Establecimiento podrá disponer de la participación en el Consejo Técnico respectivo, de los funcionarios a cargo de las secciones o módulos de los internos postulantes, profesionales a cargo de programas

específicos o terceros que puedan aportar información relevante, para mejor resolver, quienes tendrán derecho a voz sólo respecto de aquellos que habiten en la dependencia en que desempeñen sus funciones o participen activamente del programa y quienes no contarán con derecho a voto.” Por su parte, el artículo 6 de la misma Resolución, dispone: “Artículo 6: De los invitados al Consejo Técnico. El Jefe del Establecimiento Penitenciario podrá invitar y/o citar a las sesiones del Consejo Técnico al jefe administrativo, al médico o paramédico, o a otros funcionarios del respectivo establecimiento, a fin que informen sobre materias propias de su competencia, quienes sólo tendrán derecho a voz. En los establecimientos en que se ejecute un contrato de concesión o convenios relativos a programas de reinserción social, el Jefe de Establecimiento podrá citar a las sesiones del Consejo Técnico, a miembros del personal profesional o técnico de la empresa concesionaria y/o del convenio, según corresponda, con el fin que expliquen o complementen los informes que hayan emitido, sin perjuicio, de la facultad de requerirles informes adicionales por escrito con el mismo objeto, para ser analizados en la misma sesión. Asimismo, podrá invitar a miembros de la comunidad, representantes de los organismos comunitarios, de organizaciones religiosas, o a personas vinculadas con los temas a tratar en la sesión del respectivo Consejo.” Por tanto, el Director Regional no está contemplado como integrante regular del Consejo Técnico, ni tampoco puede ser invitado al mismo. Cuando la Resolución Exenta 11523, habla de terceros, evidentemente, se está refiriendo a terceros ajenos a la respectiva Institución de Gendarmería. Si la reglamentación hubiera querido establecer la posibilidad de que el Director Regional integrase el respectivo Consejo, lo habría dicho expresamente. En consecuencia, no solo la citación al Consejo fue hecha de forma ilegal, sino que también la integración del mismo. Finalmente, para decidir la revocación de los beneficios intra-penitenciarios que gozaban los amparados, votaron el Alcaide de Río Bueno, el Alcaide del Complejo Penitenciario de Valdivia, y el Director Regional, votación que se hizo al margen de la legalidad, pues tal como se señaló en los artículos 4 y 6 de la Resolución Exenta 11.523, quienes tienen derecho a voto son los integrantes del Consejo Técnico, y los invitados solo tienen derecho a voz. Con fecha 27 de septiembre de 2018 la recurrida informó solicitando el rechazo de la acción deducida en su contra señalando que el Consejo Técnico Extraordinario de 16 de agosto de 2018 tuvo como antecedente el Consejo Técnico Ordinario de fecha 9 de agosto convocado por el Alcaide del C.P.de Valdivia, cuya Tabla fue evaluar los beneficios intra-penitenciarios de 9 internos condenados, trasladados desde el C.C.P.de Río Bueno, entre los cuales están los amparados, concluyendo en cada análisis de mantención de beneficios lo siguiente: "con los antecedentes tenidos a la vista como Presidente del Consejo Técnico, es irresponsable de mi parte darle la continuidad al beneficio otorgado por el Consejo Técnico del C.C.P.de Río Bueno, ya que falta demasiada información por lo tanto se suspende el beneficio, hasta que la Dirección regional se pronuncie de acuerdo al Oficio que se remitirá por parte del C.P.de Valdivia". Con fecha 10 de agosto se informó por parte del Alcaide del C.P.de Valdivia al sr. Director Regional, mediante Oficio n.º 321, de una lista de 9 internos, entre los cuales se encuentran los amparados que se suspenden sus beneficios intra-penitenciarios, por carecer dicha carpeta de los internos de información trascendental para la mantención de sus permisos (informes psicológicos, sociales, etc.,) por cuanto los delitos cometidos son la mayoría de connotación sexual, amparándose en la normativa

contemplada en el Decreto N° 518, artículo 98 que cita: "La concesión, suspensión o revocación de los permisos señalados en el artículo 96 será una facultad privativa del Jefe de Establecimiento; sin embargo, sólo podrá concederlos a los internos que gocen de informe favorable del Consejo Técnico". Luego de lo cual el Alcaide del C.P.de Valdivia convoca a un nuevo Consejo Técnico Ordinario, que se concreta el día 16.08.2018, en el que se puede verificar que el Sr. Director Regional , si bien es cierto participa, no firma el Acta en su parte final. La facultad para permanecer en un Consejo técnico del Sr. Director Regional emana de lo señalado en el Decreto 518 que mandata en su Artículo 114.- Los Directores Regionales deberán preocuparse especialmente del cumplimiento de estas disposiciones, así como de las instrucciones que al respecto dicte internamente la Administración Penitenciaria. Salvo en el caso de lo señalado en el artículo 98 bis, esta disposición no constituye el establecimiento de una instancia superior al Alcaide en la resolución de los beneficios, sino que corresponde a una expresión de las obligaciones generales de supervisión y fiscalización que a los Directores Regionales asisten respecto de todo el quehacer penitenciario en su respectivo territorio jurisdiccional. Los Directores Regionales informarán anualmente a la Subdirección Técnica de Gendarmería de Chile respecto del funcionamiento de los Consejos Técnicos de los establecimientos de su región y de los beneficios que hayan concedido, con indicación de los resultados que se hayan observado." Asimismo la Resolución Exenta n.º 11.523 de 19.11.2018 que aprueba normas de los Consejos Técnicos, en su artículo 30 expone: Continuidad de los permisos de salida. En el caso de los internos que haciendo uso de un permisos de salida fuesen trasladados voluntariamente, el Jefe del Establecimiento Penitenciario de destino mantendrá los permisos que estuvieren gozando, no correspondiendo al Consejo Técnico de destino reevaluar la continuidad de éstos. Lo que no es aplicable al caso de los amparados pues su traslado al C.P de Valdivia fue por un motivo de fuerza mayor y no voluntario, autorizando la norma, en este caso, reevaluar su continuidad. De lo expuesto se colige que el Director Regional de Gendarmería, Región de Los Ríos, no ha cometido acto arbitrario alguno que hubiese perturbado, amenazado la seguridad personal del amparado, por cuanto el ente autónomo Consejo Técnico del Complejo Penitenciario de Valdivia, por mayoría de votos fue quien revoco los beneficios intra penitenciarios de los amparados. Se trajeron los autos en relación. Considerando: Primero: Que, el artículo 21 de la Constitución Política de la República establece que todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes podrá recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, a fin de que esta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Lo mismo podrá realizar toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. Segundo: Que, el recurrente dirigió su acción en contra del Director Regional de Gendarmería, quien habría vulnerado disposiciones legales y reglamentarias tanto al convocar en forma extraordinaria al Consejo Técnico del Complejo Penitenciario de Valdivia como al participar en él y en definitiva pronunciarse con su voto acerca de la revocación de los beneficios intra penitenciarios de que gozaban los amparados. Tercero: Que, en cuanto al primer aspecto, esto es, la posibilidad de citar o convocar al Consejo Técnico del Complejo Penitenciario de Valdivia, cabe señalar que más

allá de lo expuesto en el acta de la sesión n.º 155 de 16 de agosto de 2018, ocurre que dicho Consejo Técnico Extraordinario tiene como antecedente el Consejo Técnico Ordinario n.º 151 de 9 de agosto de 2018, de modo que, como señala la recurrida en su informe, en rigor el primero no es sino la continuación de este último, cuya citación no fue reclamada. Siendo así, y tratándose el Consejo Extraordinario de 16 de agosto de la continuación natural del Consejo Ordinario n.º 151, cabe desechar el primer aspecto de ilegalidad denunciado. Por lo demás Cuarto: Que en cuanto a la ilegalidad consistente en haber integrado el mencionado Consejo extraordinario el Sr. Director Regional de Gendarmería y haber votado en él, cabe señalar que tal facultad surge de lo dispuesto en el artículo 12 del DL 2859 Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería de Chile, en cuanto por un lado señala que las Direcciones Regionales estarán encargadas de “la conducción administrativa y técnica de Gendarmería de Chile”, como asimismo señala que una de las funciones del Director Regional es “supervisar y controlar los programas y proyectos de reinserción social en establecimientos penitenciarios de administración directa, concesionados y aquellos del medio libre.” Quinto: Que, conforme a la normativa anterior, surge la posibilidad de que el Director Regional pueda asistir e integrar el Consejo Técnico en cuestión, ejerciendo derecho a voto respecto de las cuestiones que allí se planteen, por lo que no se aprecia ilegalidad alguna en ello. Sexto: Que, sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que del análisis de la situación particular de cada uno de los amparados, surge que la decisión revocatoria de los beneficios intra penitenciarios de que cada uno de ellos gozaba se estima carente de la debida fundamentación. En efecto, oportuno es consignar que los amparados ya se encontraban ejerciendo los distintos beneficios que les habían sido concedidos por el Consejo Técnico del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Río Bueno en base a sus antecedentes personales, ocurriendo que la decisión revocatoria de dichos beneficios por parte del Consejo Técnico del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Valdivia, se basa en los mismos antecedentes y no se evidencia ni explicita como un mismo antecedente pudo ser considerado en un primer momento favorable para conceder el beneficio y luego para revocarlo. Séptimo: Que de la lectura de las actas se señala que “de acuerdo a los antecedentes presentados y a la discusión efectuada en la sesión, se estima que el interno mantiene factores de riesgo importantes”, sin que se expliciten unos y otros. Siendo así, la decisión revocatoria deviene en arbitraria, por lo que cabe hacer lugar al recurso de amparo. Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de La República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación del recurso de amparo, SE ACOGE el recurso de amparo deducido por la abogada Marcela Tapia Silva en favor de J.N.C.A., G-E.A.C., J.B.M., O.M.S.O.D. C.S.V., J.H.P.C. y se declara que se mantienen los beneficios extra penitenciarios de que gozaban los amparados hasta antes de su revocación ocurrida con fecha 16 de agosto de 2018. Ofíciase a Gendarmería para el debido cumplimiento de lo resuelto. Redacción a cargo del Ministro Titular don Carlos Gutiérrez Zavala.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia

**Rit:** 438-2017

**Ruc:** 1700448197-6

**Delito:** Lesiones menos graves en contexto de VIF

**Defensor:**

**25.- Recurso de nulidad interpuesto por Fiscalía, por ser condenado el acusado por dos delitos de lesiones menos graves, más una falta de daños, siendo impuesta solo la pena principal, sin haber otorgado medidas accesorias del art.9 de la ley 20066. (CA Valdivia 04.10.2018 rol 438-2017)**

**Normas asociadas:** CP art.399; CPP art.373 b; CPP art.395; CPP art.390; L20066 art.5; L20066 art.9

**Tema:** Recursos; Ley de violencia intrafamiliar; delitos contra la vida.

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Errónea aplicación del derecho; Lesiones menos graves; Penas no privativas de libertad

**Magistrados:** Luis Moises Aedo Mora; Marcia Undurraga Jensen; Juan Ignacio Correa Rosado.

**SINTESIS:** Recurso de Nulidad interpuesto por el Ministerio Público, por considerar una errónea aplicación del derecho sustentado en el art. 373 b del CPP. Se fundamenta en que en la acusación original formulada por la Fiscalía contra el aludido, se pedía por un primer hecho constitutivo de lesiones menos graves producidas en contexto de violencia intrafamiliar y daños falta, una pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, más accesorias del art.30 del CP y las accesorias del art.9 de la ley 20066, más una multa, y una pena de 3 años de presidio menor en su grado medio mas iguales accesorias general y especiales por un segundo hecho; esto en el marco de la audiencia respectiva, en la cual se hizo ofrecimiento de un procedimiento abreviado y una pena rebajada, más multa sin hacer pronunciamiento expreso de las accesorias generales y especiales. En este contexto la defensa señala que no es posible aplicar las accesorias de VIF, a su parecer, por no haber sido solicitadas en esa instancia por el Ministerio Público. Argumentación que fue considerada por la jueza del Juzgado de Garantía de Osorno, junto con dar primacía al art.395 del CPP el que dispone que el juez no podrá imponer una pena superior a la solicitada en el requerimiento. Al respecto hubo oposición formal por parte de Fiscalía al considerar se tratan de penas obligatorias para el juez, además de haberse encontrado solicitadas en la acusación. La Corte acoge el recurso, resuelve que existió un yerro legal al haber omitido la sentencia condenatoria la aplicación de las penas accesorias de la ley 20066. Arguye que ha existido un marco base de sanciones pretendidas, conformado por aquéllas contenidas en la acusación formulada por el Ministerio Público que claramente han incluido no solo la petición de las penas principales, sino también ha incorporado expresamente la accesoria general ligada a los dos hechos y, de igual modo explícito, las accesorias especiales atingentes a la ley 10066. Lo cual de suyo da cuenta del núcleo fundamental del ofrecimiento punitivo del Persecutor, que constituía el pilar sobre el cual era susceptible negociar jurídicamente por parte de Fiscalía, en ejercicio de sus facultades.

Esta Corte comprende de modo palmario que la omisión de la mención de las accesorias, tanto generales como especiales, no suprimía en modo alguno su aplicación, dado el carácter imperativo que unas y otras tienen en su asociación con las sanciones principales por expreso mandato del artículo 30 del Código Penal, y del artículo 9° de la Ley N°20.066, los textos legales hablan por sí solos y no dejan lugar a dudas, independientemente de la forma como hubiese sido efectuado el ofrecimiento, puesto que se trata de normas de orden imperativo, ineludibles a la hora de sancionar una conducta constitutiva de estos delitos. Además señala, que una mera omisión involuntaria de un interviniente, no puede ser empleada por un contradictor de buena fe para sustenar su argumentación, motivando una consecuencialmente errónea aplicación del derecho. **(Considerando octavo)**

Valdivia, cuatro de octubre de dos mil dieciocho.

**VISTOS:** Con fecha catorce de septiembre del año en curso tuvo lugar la audiencia destinada a conocer del recurso de nulidad, que interpuso la Sra. Fiscal Adjunto (S), doña María Paz Galindo Salvo, en representación del Ministerio Público, Fiscalía Local de Río Negro, en causa R.U.C. N°1700448197-6, R.I.T. N°438-2017 y que incide en el Rol de esta Corte N°610-2018, contra la sentencia definitiva de fecha 4 de agosto de 2018, dictada por doña Karen Natalia Negrón Cárcamo, Juez Subrogante del Juzgado de Letras y Garantía de Río Negro, en virtud de la cual condenó al acusado, N.M.H, como autor de dos delitos de lesiones menos graves provocadas en contexto de violencia intrafamiliar, más una falta de daños, sin haber otorgado medidas accesorias del artículo 9° de la Ley N°20.066. La causal invocada en el recurso es aquella prevista en el artículo 373 b del Código Procesal Penal, consistente en haber efectuado una errónea aplicación del derecho, que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pidiendo se acoja la nulidad de la sentencia planteada y se proceda a invalidarla, ordenando retrotraer el procedimiento al estado procesal anterior, a fin que Juez de Garantía no inhabilitado conozca nuevamente de la causa. El sustrato fáctico en que se sustenta el arbitrio estriba, en esencia, en que, si bien en la acusación original formulada por la Fiscalía Local contra el aludido encartado se pedía, por un primer hecho constitutivo de lesiones menos graves producidas en contexto de violencia intrafamiliar y daños falta, una pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, más accesorias del artículo 30 del Código Penal y las accesorias del artículo 9 letras b, c y d de la Ley N°20.066 por el lapso de dos años, así como una multa de una unidad triutaria mensual por la referida falta; y por un segundo hecho, esta vez constitutivo de lesiones menos graves propiamente tales provocadas en contexto de violencia intrafamiliar, tres años de presidio menor en su grado medio, más iguales accesorias general y especiales; en el marco de la audiencia respectiva se hizo ofrecimiento de un procedimiento abreviado, basado en la calificación de la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, por lo que se ofreció una pena rebajada de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, más multa de una unidad tributaria mensual, por el primer hecho, en tanto doscientos días de presidio menor en su grado mínimo, por el segundo. Tras admitir responsabilidad en los hechos el imputado, su defensa requirió rebaja a multa por el primer hecho y a cien días de presidio por el segundo, con pena sustitutiva de la Ley N°18.216, sin poder aplicarse las accesorias de violencia intrafamiliar, a su parecer, por no haber sido solicitadas en esa instancia por el Ministerio Público, de cuyo traslado hubo oposición formal por parte de este último al tratarse de penas obligatorias para el juez, además de haberse encontrado solicitadas en la acusación.

Es así que en su fallo la Sentenciadora, reproduciendo en buena medida los argumentos de la Defensa, acaba señalando: *“Finalmente en relación con las accesorias de la ley 20.066, sin perjuicio que efectivamente la ley señala en el artículo que conjuntamente con la condena el tribunal, además, dictará una de las siguientes cautelares, no es menos cierto que el Código Procesal Penal, el Tribunal no puede condenar a una pena mayor que la que ha solicitado el Ministerio Público en su requerimiento y, desde ese punto de vista, no fue solicitada por el ente persecutor en la oferta de pena que realizó en el día de hoy, así es que no va a condenar a las accesorias de violencia intrafamiliar”* (minuto 25:28 de pista de audio).

De este modo, pese a su obligación legal, a la circunstancia de haber citado el artículo 5° de la Ley N°20.066 y a la de haber aplicado las accesorias del artículo 30 del Código Penal, aun cuando tampoco fueron solicitadas por la Fiscalía en la audiencia de rigor, finaliza condenando con omisión de las penas accesorias especiales referidas.

Por ello es que, en su concepto, al haberse vulnerado norma imperativa legal del artículo 9° de la Ley N°20.066, que no faculta a la no aplicación de esas accesorias, sino que sólo a que se imponga una o más de ellas, y dado el hecho de haberse solicitado dichas penas en la acusación respectiva, aprecia que ha existido una errónea aplicación del derecho por el Tribunal al dejar de hacerlo, que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Por su parte, la Defensa, en síntesis, ante esta Corte ha insistido en los razonamientos vertidos en audiencia y que sirvieron de sustento al fallo impugnado, pidiendo se rechace el recurso de nulidad, confirmando lo decidido por el Juzgado de Garantía de Río Negro.

#### **OIDOS Y CONSIDERANDO:**

**1°** Que el Ministerio Público deduce recurso de nulidad contra la sentencia definitiva de fecha 4 de agosto de 2018, dictada por doña Karen Natalia Negrón Cárcamo, Juez Subrogante del Juzgado de Letras y Garantía de Río Negro, en virtud de la cual condenó al acusado, N.M.H, como autor de dos delitos de lesiones menos graves provocadas en contexto de violencia intrafamiliar, más una falta de daños, sin haber otorgado medidas accesorias del artículo 9° de la Ley N°20.066, basado en la causal prevista en el artículo 373 b del Código Procesal Penal, por las razones esgrimidas en lo expositivo de este fallo.

**2°** Que, en cuanto a la causal invocada, esto es, a la errónea aplicación del derecho que influye en lo dispositivo del fallo, resulta siempre conveniente recordar que, según la doctrina general atingente a la materia (desarrollada a partir del recurso de casación en el fondo), esa transgresión puede ocurrir de la siguientes formas: *contraviniéndola formalmente, interpretándola erróneamente o haciendo una falsa aplicación de ella* (Casarino Viterbo, Mario, Manual de Derecho Procesal, Tomo IV, pág. 351); *“Se contraviene su texto formal si la sentencia impugnada está en oposición directa al texto expreso de la ley(...) se interpreta erróneamente la ley cuando el juez, al aplicarla al caso del que está conociendo, le da un sentido o alcance diverso al que le haya señalado el legislador.”* Y existe una falsa aplicación de la ley: *“cuando el juez la aplica a una situación no prevista por el legislador, o bien, deja de aplicarla a un caso ya reglado”* (Benavente Gorroño, Darío, *Derecho Procesal Civil*, pág. 223 y 224). Luego, la causal esgrimida también se refiere a temas jurídicos, siendo inadmisibles alterar por intermedio de ella los hechos de la causa.

**3°** Que, en esa línea de reflexiones, del mérito de las alegaciones vertidas en estrados, así como de los antecedentes reunidos en la causa, se desprende palmariamente que el objeto de la presente controversia se centra en determinar si la Sra. Juez Subrogante de Garantía

de Río Negro incurrió en un yerro legal al haber omitido en su sentencia condenatoria la aplicación de las penas accesorias de la Ley N°20.066.

4° Que, en dicho sentido, cabe indicar que son normas involucradas en la decisión del asunto planteado, tanto las de los artículos 390 y 395 del Código Procesal Penal, como las de los artículos 5 y 9 de la Ley N°20.066, todas las cuales se advierte en modo alguno son contradictorias y, más bien, deben ser analizadas a la luz de los antecedentes de la presente causa, particularmente, aquéllos que señalan la forma y cronología cómo fueron planteadas las pretensiones, en relación con la dinámica y carácter desformalizado propios de audiencias concentradas, tal cuales son las de abreviado y/o simplificado con admisión de responsabilidad de parte del imputado, ambas que fueron las sucesivamente verificadas en un mismo acto procesal, por haber derivado de una a otra únicamente en virtud de la denominada sustitución de procedimiento, que contempla el actual texto del inciso segundo del citado artículo 390 del Código de Enjuiciamiento vigente en lo penal, atendidos los rangos de pena principal replanteados.

5° Que, bajo ese prisma, esta Corte, en base a la presentación escrita efectuada en tiempo y forma por la Fiscalía Local, a lo que se suman las solicitudes, alegaciones y evacuación de traslado verbales conferidos en la audiencia concernida, ha logrado dilucidar que, primeramente, ha existido un marco base de sanciones pretendidas, conformado por aquéllas contenidas en la acusación formulada por la Fiscalía Local del Ministerio Público y registrado su ingreso en sistema en la causa penal con fecha 23 de junio de 2018, que claramente han incluido no sólo la petición de las penas principales, privativas de libertad de diversa cuantía, en el caso de los dos simples delitos de lesiones menos graves provocadas en contexto de violencia intrafamiliar, dada su distinta índole (una leve aumentada por tal contexto y otro menos grave propiamente tal), y otra pecuniaria, en el de la falta de daños, sino también ha incorporado expresamente la accesoria general ligada a esos dos primeros y, de igual modo explícito, las accesorias especiales atinentes a la Ley N°20.066; lo cual de suyo da cuenta del núcleo fundamental del ofrecimiento punitivo del Persecutor, que constituía el pilar sobre el cual era susceptible negociar jurídicamente por parte de Fiscalía, en ejercicio de sus facultades.

6° Que, seguidamente, se ha constatado también, en base al registro oficial, que en la audiencia de estilo celebrada el 4 de agosto de 2018, concretando la referida negociación jurídica, sustentada en la incorporación de la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal a favor del acusado, la Fiscalía Local, como es usual para hacer atractivo el término anticipado del proceso vía abreviado o simplificado con admisión de responsabilidad, procedió a efectuar en presencia de la Sra. Juez de Garantía una oferta de penas rebajadas al imputado por cada ilícito involucrado, habiéndose limitado a señalar, como no es poco habitual, sólo las sanciones principales, que fue lo conversado por la Defensa con su representado; sin embargo, esta Corte comprende de modo palmario que la omisión de la mención de las accesorias, tanto generales como especiales, no suprimía en modo alguno su aplicación, dado el carácter imperativo que unas y otras tienen en su asociación con las sanciones principales por expreso mandato del artículo 30 del Código Penal, en el caso de la general de suspensión de cargo u oficio público por el tiempo de la condena, en vínculo con una privativa de libertad que no supere el presidio o reclusión menores en su grado medio (habiendo sido en este caso dos penas dentro del grado mínimo), y del artículo 9° de la Ley N°20.066, en la situación de las especiales por el hecho de encontrarse ligadas a delitos producidos en contexto de violencia intrafamiliar.

En efecto, queda fuera toda posibilidad de ejercicio de discrecionalidad judicial en la aplicación de una accesoria general en una sentencia condenatoria, bastando al efecto recordar el tenor de cada precepto citado, a saber: *“Art.30. (Código Penal) Las penas de presidio, reclusión...menores en sus grados medios y mínimos, llevan consigo la de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena”*.

En similar sentido, se encuentra proscrita dicha posibilidad en la aplicación de esta índole de accesorias especiales, conforme a su norma rectora: *“Artículo 9° (Ley N°20.066)...el juez deberá aplicar en la sentencia una o más de las siguientes medidas accesorias...”*

Así las cosas, los textos legales reproducidos hablan por sí solos y no dejan lugar a dudas, independientemente de la forma como hubiese sido efectuado el ofrecimiento.

**7°** Que, refuerza lo concluido, la necesaria comprensión en orden a que dicha oferta punitiva global debía involucrar las penas principales con sus accesorias, por cuanto se ha reconocido en los alegatos llevados a cabo en estrados, que fue aquél un aspecto inclusive incorporado en el debate en la propia instancia llevada a cabo ante la Sra. Juez de Garantía Subrogante, a partir del aparente equívoco generado en la Defensa, que había contemplado sólo la referencia fiscal a las penas principales, al punto que fue de ese modo sustentada su argumentación en el alegato de admisión de su cliente, lo que motivó a la Fiscalía Local, ante la evidencia del malentendido, a la aclaración de sus pretensiones, en el sentido que debían considerar la integridad de su oferta incluidas las accesorias especiales; pese a lo cual su posición fue desestimada por la Magistrada, haciendo primar el tenor del artículo 395 del Código Procesal Penal, cuyo inciso final, en lo pertinente, prescribe: *“Si el imputado admitiere responsabilidad en el hecho, el tribunal dictará sentencia inmediatamente. En estos casos, el juez no podrá imponer una pena superior a la solicitada en el requerimiento, permitiéndose la incorporación de antecedentes que sirvieran para la determinación de la pena”*.

En la supuesta primacía de esta norma, considerada aisladamente, es donde esta Corte logra detectar el error jurisdiccional en la aplicación del derecho, toda vez que aquélla no debía ser sustraída del contexto en que fue planteada la oferta punitiva, en base a la acusación que mencionaba expresamente las penas accesorias, tanto general como especiales, considerando, además, la naturaleza de los simples delitos que estaban siendo conocidos y juzgados, esto es, lesiones provocadas en contexto de violencia intrafamiliar, en los términos del artículo 5° de la Ley N°20.066, las que tienen un estatuto propio y especial, que siempre incorpora medidas destinadas a la consecución de un amparo efectivo de la integridad física y psíquica de la víctima, que recoge precisamente el artículo 9° del mismo cuerpo legal, según es ampliamente conocido por los intervinientes letrados.

**8°** Que, por otro lado, si de congruencia con lo ordenado por el artículo 395 del Código Adjetivo en relación con las omisiones petitorias se trataba, tampoco podría haber impuesto en ese escenario procesal la Sentenciadora las penas accesorias generales vinculadas a las privativas de libertad aplicadas; no obstante, consta haberlo efectuado, materializando una inexplicable vigencia parcial de la disposición que citaba, en circunstancias que tanto las generales como las especiales son, según ha quedado expuesto, normas de orden imperativo, ineludibles a la hora de sancionar una conducta constitutiva de estos delitos.

**9°** Que, por último, una mera omisión involuntaria de un interviniente, que es lo que aparece haber ocurrido accidentalmente en la audiencia en examen al (la) Fiscal Adjunto que compareció, no puede ser empleada por un contradictor de buena fe para sustentar su

argumentación, motivando una consecuentemente errónea aplicación del derecho en el Tribunal, la cual, no cabe duda, ha influido de manera sustancial en lo dispositivo de su fallo, trascendencia que se ve manifestada, de suerte que de no haber incurrido en ese yerro se habría aplicado por el mismo la totalidad de las sanciones que el caso ameritaba y que en derecho correspondían, incluidas las accesorias especiales correspondientes, afines a la naturaleza especial del asunto que se estaba juzgando.

Y visto, además, lo dispuesto por el artículo 373 b y siguientes del Código Procesal Penal, se **ACOGE**, sin costas, el recurso de nulidad interpuesto por la Fiscalía Local del Ministerio Público de Río Negro, en contra de la sentencia definitiva de cuatro de agosto de dos mil dieciocho, pronunciada por doña Karen Natalia Negrón Cárcamo, Jueza Subrogante del Juzgado de Letras y Garantía de Río Negro, la que, por consiguiente, se anula, retrotrayéndose la causa al estado de fijarse nueva audiencia de preparación de juicio oral y/o abreviado ante el Tribunal no inhabilitado que corresponda.

Redacción del Ministro Titular, don Luis Moisés Aedo Mora. Regístrese y comuníquese. N°Penal-610-2018.

No firman el Ministro Sr. Juan Ignacio Correa Rosado, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo por encontrarse presidiendo la Comisión de Libertad Condicional y la Ministra Sra. Marcia Undurraga Jensen, quien se encuentra con permiso de conformidad a lo dispuesto en el artículo 347 del Código Orgánico de Tribunales.

Proveído por el Señor Presidente de la Segunda Sala de la C.A. de Valdivia.

En Valdivia, a cuatro de octubre de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia

**Rit:** 121-2018

**Ruc:** 1600470390-5

**Delito:** Robo en bienes nacionales

**Defensor:** Valeria Arriagada Contreras

**26.- Recurso de nulidad interpuesto por la defensa, sustentado en el art.373 b, en relación a la agravante específica del art.12 N°16 del CP.La recurrente considera que el delito de robo en bienes nacionales y el delito de robo en lugar destinado a la habitación no se tratan de delitos de la misma especie. (CA Valdivia 10.10.2018 rol 121-2018)**

**Normas asociadas:** CP art.432; CP art.12 N°16; CPP art.373 b;

**Tema:** Recursos; Delitos contra la propiedad; Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal.

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Delitos de la misma especie; Reincidencia.

**Magistrados:** Juan Carlos Vidal Etcheverry; María del Carmen Undurraga Jensen; Juan Ignacio Correa Rosado.

**SINTESIS:** La defensa interpone recurso de nulidad por considerar que hay una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que, se aplica la agravante de reincidencia específica contemplada en el art.12 N°16 por los delitos de robo en bienes nacionales de uso público y los delitos de robo en lugar destinado a la habitación, puesto que, no se tratan de delitos de la misma especie. La Corte rechaza el recurso, argumentando que ambos delitos atentan en contra de la propiedad, además comparten la figura del art.432 consistente en la apropiación de una cosa ajena con ánimo de lucro, tratándose la forma de perpetrar el delito de una forma similar en ambos casos, ya que requiere un plus para que se configure el delito de robo que lo difiere del hurto, y ambos delitos se encuentran regulados en el párrafo tercero del Libro II título IX del CP.

**Texto Íntegro.**

Valdivia, diez de octubre de dos mil dieciocho.

**VISTOS:**

En estos autos RIT O-121-2018 y RUC 1600470390-5, del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Valdivia, por sentencia de 14 de agosto de 2018, dictada en juicio oral, se condenó al imputado C.G.P.H, a la pena de siete años y ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales, con costas como autor del delito consumado de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, previsto y sancionado en el artículo 440 con relación a los artículos 432, ambos del Código Penal, perpetrado el 13 y 16 de mayo de 2016, en esta ciudad.

La abogada, doña Valeria Arriagada Contreras, defensora penal público, en representación del condenado, deduce recurso de nulidad en contra de la referida sentencia. Invoca la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, *“Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”*, en relación con lo dispuesto en el artículo 12 N°16 del Código Penal.

Comienza su arbitrio resumiendo los antecedentes de la causa y los motivos de la sentencia que contienen los errores de derecho en que incurre la sentencia.

En cuanto al erróneo reconocimiento de la circunstancia agravante del artículo 12, número 16, del Código Penal, señala que el tribunal en su voto de mayoría ha incurrido en una errónea aplicación del Derecho, al considerar la condena en causa Rit 5510-2013 en contra de su representado por el delito de robo de especies que se encuentran en bienes nacionales de uso público no tratándose de un delito de la misma especie, según la doctrina que invoca, así como lo expuso el voto de minoría efectuando citas textuales del análisis realizado por el disidente, sin aportar nuevos antecedentes.

Culmina solicitando la nulidad del fallo y la dictación de la sentencia de reemplazo de conformidad a la ley y que se rebaje la condena a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, o como lo que estime esta Corte.

**OÍDOS Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el motivo de nulidad deducido en el recurso por la defensa del condenado pretende la anulación de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Valdivia, por haber incurrido los sentenciadores en el vicio de nulidad contemplado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, indicando que ello influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por infracción del artículo 12 No16 del Código Penal, en base a los argumentos expuestos en la parte expositiva del presente fallo.

**SEGUNDO:** Que, atendida la causal ejercida, es conveniente resaltar que, según la doctrina, esa transgresión puede ocurrir de las siguientes formas: contraviniendo la ley formalmente, interpretándola erróneamente o haciendo una falsa aplicación de ella. Además, conforme al principio de trascendencia, imperante en toda nulidad, la infracción de ley debe resultar determinante en el razonamiento y decisión del fallo, pues de lo contrario, no tendría la influencia sustancial que la ley requiere para la procedencia del recurso. Por último, la causal esgrimida recae exclusivamente sobre aspectos de derecho, no pudiéndose alterar por intermedio de ella los hechos de la causa, cuyo conocimiento se encuentra vedado a esta Corte (171-2014).

**TERCERO:** Que, en cuanto al vicio impetrado, señala la defensa en su recurso que el tribunal, para aplicar la “reincidencia específica”, se basó en una condena de fecha 02 de mayo de 2014, en causa 5510-2018 del Juzgado de Garantía de Valdivia, por delito de robo de especies que se encuentran en bienes nacionales de uso público, no discutiendo su existencia y que se encuentra firme y ejecutoriada, refiriéndose a que dicho delito no es de “la misma especie” respecto al delito por el cual fue condenado P.H, siendo por tanto improcedente su aplicación.

**CUARTO:** Que, el artículo 12 N°16 del Código Penal establece que constituye circunstancia agravante de responsabilidad penal “Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie”.

**QUINTO:** Que del análisis de las disposiciones legales citadas, se desprende que se configura la agravante invocada por el Ministerio Público y aplicada por la mayoría del tribunal, debido a que el imputado fue condenado por delito de robo de especies que se encuentran en bienes nacionales de uso público, el cual es un delito que atenta en contra de la propiedad al igual que el delito de robo en lugar destinado a la habitación, compartiendo la figura del artículo 432 consistente en la apropiación de una cosa ajena con ánimo de lucro, tratándose la forma de perpetrar el delito de una forma similar en ambos casos, ya que se requiere un plus para que se configure el delito de robo que lo difiere del hurto, en que hay una apropiación de una cosa ajena, sin fuerza, encontrándose regulado en el párrafo cuarto, a diferencia de lo que ocurre con los delitos expresados anteriormente, ya que el delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación se encuentra tratado en el artículo 440 y el robo de especies que se encuentran en bienes nacionales de uso público en el artículo 443 y en ambos casos en el párrafo tercero del Libro II título IX del Código Penal.

Así las cosas, el tribunal de la instancia, al estimar la concurrencia de la agravante en análisis, no incurrió en error de derecho alguno, razón por la que será menester desechar el presente arbitrio en todos sus extremos.

Por estas consideraciones, y visto además, lo dispuesto en los artículos 352, 360, 373 letra b) y 384 del Código Procesal Penal, artículo 12 N° 16, 432, 440, 443, y 446 todos del Código Penal se **RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por la Defensora Penal Pública doña Valeria Arriagada Contreras, en contra de la sentencia de fecha catorce de agosto de dos mil dieciocho, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Valdivia, la que no es nula.

Acordado con el voto en contra de la Ministra Sra. Marcia Undurraga Jensen, quien fue del parecer de acoger el presente recurso, fundado en que no se configura la reincidencia específica al tratarse de delitos que protegen bienes jurídicos diversos. El robo en lugar destinado a la habitación, protege no solo el bien jurídico patrimonio, sino que además su comisión conlleva un potencial riesgo de daño a la integridad física de los moradores del inmueble, lo que genera un agravamiento de la pena, a diferencia de lo que ocurre con el robo de cosas que se encuentra en bien nacional de uso público, en que no se afecta dicho bien jurídico, sino que solo se sanciona con mayor pena, en base al lugar de comisión del delito. Por lo anterior, la pena impuesta al tener en consideración la circunstancia agravante para su determinación, fue dictada contraria a derecho, siendo de

Parecer de esta disidente aplicar una pena cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

Regístrese y comuníquese. Redacción de la Ministra Sra. Marcia Undurraga Jensen. N°Penal-637-2018.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia

**Rit:** 119-2018

**Ruc:** 1700492421-5

**Delito:** Homicidio simple

**Defensor:** Valeria Arriagada Contreras

**27.- Recurso de nulidad interpuesto por la defensa, sustentada en el art.373 b, se condena al acusado por el delito de homicidio frustrado y los hechos establecidos se encontraban en una etapa de desarrollo tentado. (CA Valdivia 10.10.2018 rol 119-2018)**

**Norma asociada:** CP art.7; CP art.51; CP art.442; CPP art.373 b

**Tema:** Recursos; Delitos contra la vida; Iter criminis.

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Homicidio simple; Delito frustrado; Delito tentado

**Magistrados:** Carlos Gutierrez Zavala; Mario Julio Kompatzki Contreras; Blanca Aguilera Astudillo.

**SINTESIS:** Recurso de nulidad interpuesto por la defensa, alegando una errada aplicación del derecho, ya que se condenó al acusado por el delito de homicidio frustrado y los hechos establecidos se encontraban en una etapa de desarrollo de tentado, razón por la cual se les ha impuesto a su representado una pena superior a la que legalmente correspondía. La Corte acoge el recurso y dicta sentencia de reemplazo, fundamenta su sentencia citando al profesor Cury, distinguiendo la etapa de tentativa y frustración. Posteriormente se refiere específicamente a dichas etapas en el delito de homicidio, señalando que, hay situaciones en que se realiza la conducta destinada supuestamente a matar, pueden no ser castigadas a título consumado, sino se acredita cual era el propósito preciso del sujeto activo con el disparo. Y en el caso concreto, se sostiene que la acción matadora era por medio de fuego, sin embargo, el acusado fue sorprendido golpeando a la víctima, teniéndola a mano en diversos momentos y en todos estos contactos, entre acusado y víctima, no existió ningún proceso de ignición de las ropas de la víctima o en cualquier otro lugar del sitio del suceso, que dé cuenta de la realización en forma completa el tipo penal de homicidio y lo mínimo que se puede exigir es que la acción destinada a causar la muerte, sea efectivamente realizada por el acusado, lo que no sucedió en el presente caso, en que no solo faltó el resultado, sino que faltó al menos la acción que dé cuenta de la acción destinada efectivamente a matar por parte del condenado, por lo que corresponde castigar por el delito de homicidio en grado de desarrollo tentado. **(Considerando quinto)**

Valdivia, diez de octubre de dos mil dieciocho.

**Vistos:**

Que la Defensora Penal Pública Valeria Arriagada Contreras, por su representado don S.E.R.Q, dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia de veintidós de agosto de dos mil dieciocho, pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, que declaró lo siguiente, en su parte pertinente y objeto del presente recurso:

Que se condena a S.E.R.Q, Cédula de Identidad N° 1X.2XX.7X4-X, como autor ejecutor del delito de homicidio simple, previsto y sancionado en el artículo 391 N°2 del Código Penal, en grado de frustrado, en la persona de E.G.B, perpetrado en la ciudad de Valdivia el 26 de mayo de 2017.

Que se impone al sentenciado la pena corporal de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares, mientras dure la condena.

Como causal de nulidad invoca la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal que señala: *“Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: b) Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.”* Alega que en la sentencia se hizo una errada aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues los hechos establecidos se encontraban en una etapa de desarrollo de tentado, razón por la cual se les ha impuesto a su representado una pena superior a la que legalmente les correspondía, infraccionando con ello lo prescrito en los artículos 7, 51, 442, todos del Código Penal.

Deduce el recurso a fin se anule la sentencia, dictando una de reemplazo, en que se rebaje la pena en un grado a la contemplada por la ley al delito, esto presidio menor en su grado mínimo.

En estrados la defensa del sentenciado reiteró sus planteamientos consignados en el recurso, o sea, la petición de la nulidad de la sentencia y que se dicte sentencia de reemplazo en los términos indicados. El Ministerio Público y la parte querellante se opusieron al recurso de nulidad.

#### **Oídos y teniendo además presente:**

**PRIMERO:** Que durante el desarrollo del juicio oral, el tribunal dio por establecidos los siguientes hechos:

*“El día 26 de mayo de 2017, aproximadamente las 08:45 horas, doña E.M.G.B, llegaba a su lugar de trabajo correspondiente a una casa habitación emplazada en calle García Videla N° XXXX, Villa Los Fundadores de Valdivia. En ese instante se aproximó S.E.R.Q quien procedió a increparla con palabras y frases como “puta”, “maraca” y “si no eres mía no serás de nadie”, junto con rociar con gasolina la ropa de la mujer encendiendo y lanzándole palos de fósforos (cerillos) directamente al cuerpo. Frente a esta acción la mujer logró ingresar al interior de la vivienda y cerrar la puerta de acceso. Tal maniobra de la mujer llevó al acusado a acceder igualmente a la construcción a través de la fractura del ventanal principal, hecho que consumó empleando su cuerpo como objeto contundente, continuando de inmediato con la acción de lanzar fósforos al cuerpo de E.G. La particular acción de lanzar los cerillos intentaba ser repelida con las manos por parte de la mujer. Tras lo anterior E.G logró salir de la vivienda en dirección a la vía pública, comportamiento que movió al acusado a seguir tras ella. En el exterior el acusado R.Q. dio alcance a la mujer procediendo enseguida a darle golpes de pie y puño, persistiendo además con la acción de lanzarle fósforos al cuerpo (al menos uno de estos últimos cerillos alcanzó el estado de ignición o encendido). Esta parte de los hechos fue advertida por una vecina del sector quien gritó al acusado,*

*circunstancia que movió a este última a soltar a la mujer y abandonar el lugar huyendo del mismo.”*

**SEGUNDO:** Que el artículo 391 N°2 Código Penal castiga el delito de homicidio con la pena de presidio mayor en su grado medio, usando la expresión el que mate a otro.

Lo cual debe ser relacionado con el artículo 51 del Código Penal que señala “A los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito.”

**TERCERO:** Que el tema a dilucidar consiste en hipótesis en que el autor trató de cometer el delito, pero que este no llegó a consumarse, lo que se denomina *iter criminis*, esto es la vía para el delito.<sup>1</sup> En ese entendido, la tentativa no constituye un tipo penal autónomo, sino que es una forma de aparición del delito al que le falta la parte conclusiva.<sup>2</sup> Como bien señala el profesor Cury, hay tentativa cuando el sujeto ha iniciado la realización de la acción típica, pero no ha llegado a completarla, por otra parte hay delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.<sup>3</sup>

**CUARTO:** Que la doctrina y la jurisprudencia, para determinar la consumación del homicidio, han señalado **en forma mayoritaria**, que el caso del disparo con mala puntería es una simple tentativa<sup>4</sup> Esto es refrendado, incluso recientemente, por la Excelentísima Corte Suprema en rol 6613-2012 por recurso de nulidad, llegando a señalar lo siguiente “Sería preciso saber adónde apuntó y ese dato no está consignado en el proceso. De hecho, en otras secciones del fallo, consta que se pretendió apoyar un ánimo de matar en los encapuchados que dispararon al bus que iba en la caravana, por la existencia de una marca de bala en el ángulo próximo a la ubicación de la cabeza del conductor e incluso respecto de Levipán, porque las heridas de perdigón de Canario y Fuentes estaban en sus rostros”. Es decir, situaciones en que se realiza la conducta destinada supuestamente a matar, pueden no ser castigadas a título consumado, sino se acredita cual era el propósito preciso del sujeto activo con el disparo.

**QUINTO:** Que en el presente caso, queda meridianamente establecido, que el acusado fue sorprendido golpeando a la víctima como bien establece la sentencia, teniéndola a mano en diversos momentos de acuerdo a lo explicitado por los testigos y los propios hechos establecidos. En todos estos contactos, entre acusado y víctima, **no existió ningún proceso de ignición de las ropas de la víctima o en cualquier otro lugar del sitio del suceso**, que dé cuenta de la realización en forma completa el tipo penal de homicidio previsto y sancionado en el artículo 391 N°2 del Código Penal. Se sostiene que la acción matadora era por medio de fuego, pues bien, en ninguna parte de la sentencia se establece como este fuego se produce por parte del acusado, para de esta forma dar cumplimiento a todas las acciones que exige el tipo penal de homicidio. En ese sentido, es la misma situación del que quiere matar por disparo, lo mínimo que podemos exigir es que la acción con la cual se pretende dar muerte a la víctima sea realizada por el acusado, es decir disparar (la doctrina y jurisprudencia exigen además donde apunto), en el caso de conocimiento de esta Corte, lo mínimo que podemos exigir es que la acción destinada a causar la muerte, sea efectivamente realizada por el acusado, lo que no sucedió en el presente caso.

**SEXTO:** Concluyendo, en este caso no solo faltó el resultado, sino que faltó al menos la acción que dé cuenta de la acción destinada efectivamente a matar por parte del condenado. En consecuencia, lo que corresponde en el presente caso, es castigar por el delito de homicidio del artículo 391 N° 2, en grado de desarrollo tentado.

Por todo lo expresado y normas citadas, **SE ACOGE** el recurso de nulidad deducido por la defensa de S.E.R.Q, respecto de la última causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal y, en consecuencia, a su respecto se invalida la sentencia de veintidós de agosto del año en curso en relación a la condena por el delito de homicidio frustrado, recaída en el proceso antes singularizado, la que en cuanto al mencionado acusado se reemplaza por la que se dicta a continuación, por separado, sin nueva vista.

Regístrese y comuníquese.

Redacción de la Abogada Integrante Sra. Blanca Inés Aguilera Astudillo.

N°Penal-664-2018.

En cumplimiento a lo ordenado en la sentencia que antecede y a lo previsto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Valdivia, diez de octubre de dos mil dieciocho. Vistos: Se reproduce la sentencia impugnada con las siguientes

modificaciones. Considerando duodécimo, en su letra b se elimina frustrado y se

Cambia por tentado. El párrafo final de dicho considerando duodécimo se elimina y se reemplaza por el siguiente “Para lo segundo se debe tener presente en el caso de conocimiento de este Tribunal, que quedo meridianamente establecido que el acusado fue sorprendido golpeando a la presunta víctima como bien establece la sentencia, teniéndola a mano en diversos momentos de acuerdo a lo explicitado por los testigos y los propios hechos establecidos. En todos estos contactos, entre acusado y víctima, **no existió ningún proceso de ignición de las ropas de la víctima o en cualquier otro lugar del sitio del suceso**, que dé cuenta de la realización en forma completa el tipo penal de homicidio previsto y sancionado en el artículo 391 N°2 del Código Penal, debiendo en consecuencia castigarse a título de delito de homicidio en grado de desarrollo tentado”.

En el considerando decimoquinto, se eliminan las palabras frustrado por tentado.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Y VISTO ADEMÁS lo dispuesto en los artículos 1, 3, 7, 14, 28, 51, 67, 69, 391 n°2 todos del Código Penal y artículos 1,2,7, 8, 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 343, 344, 346 y 348, todos del Código Procesal Penal y artículos 16 y 17 de la ley n°19.970 se declara:

1° Que se CONDENA a S.E.R.Q, Cédula de Identidad N° 10.227.704-K, como autor ejecutor del delito de homicidio simple, previsto y sancionado en el artículo 391 N°2 del Código Penal, en grado de desarrollo de tentado, en la persona de E.G.B, perpetrado en la ciudad de Valdivia el 26 de mayo de 2017.

2o Que se impone al condenado la pena corporal de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares, mientras dure la condena.

Cúmplase en forma efectiva.

Abonos: Prisión preventiva desde el 27 de mayo de 2017 a la fecha que se revoque la medida cautelar impuesta.

3o: Que el condenado queda liberado del pago de las costas de la causa, por haber sido absuelto de uno de los dos cargos. Regístrese la huella genética de acuerdo a los artículos 16 y 17 de la ley 19.970.

4°.- Regístrese, comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Valdivia para su cumplimiento, una vez firme. Hecho, archívese.

Se le exime de la obligación de pagar las costas del proceso. Regístrese y comuníquese. Redacción de la Abogada Integrante Sra. Blanca Inés Aguilera Astudillo.

N°Penal-664-2018.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia

**Rit:** 60-2018

**Ruc:** 1700418273-1

**Delito:** Cohecho

**Defensor:** Franklin Gallegos Cordones

**28.- Recurso de nulidad interpuesto por la defensa, sustentado en el art.373 b, por considerar que se infringe la normativa referida a la determinación de la pena, en específico el quantum de la pena no pudiendo aplicarse una pena sustitutiva, ello frente a un delito de cohecho agravado. (CA Valdivia 22.10.2018 rol 60-2018)**

**Norma asociada:** CP art.67; CP art.248 bis; CP art.351; CPP art.373 b

**Tema:** Recursos; Delitos contra bienes jurídicos colectivos; Determinación judicial legal de la pena.

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Cohecho; Errónea aplicación del derecho; Rebaja de grados de penalidad.

**Magistrados:** Carlos Ivan Gutierrez Zavala; Samuel David Muñoz Weisz; Maria Heliana De los Angeles Del Rio Tapia.

**SINTESIS:** La defensa denuncia como error de derecho que el sentenciador aumentó la pena en dos grados, considera que lo jurídicamente correcto era subir la pena en un grado. Ello lo justifica en que el número de hechos acreditados y la afectación del bien jurídico protegido, no son fundamento legal para aumentar la pena en dos grados, sino que se debió aumentar sólo en uno. Sostiene que se debió enmarcar la pena dentro del inciso primero del art.351 del CPP y lo correcto era aplicar la atenuante en la pena que fija el art.248 bis, y luego aumentar la pena en un grado. Según la sentencia recurrida se habrían acreditado once hechos constitutivos de delito de cohecho, por lo que la defensa considera que, como no se puede aplicar once veces la pena del art.248 bis, procede hacer uso del inciso 1º del art.351 del CPP. La Corte rechaza el recurso de nulidad, argumentando en relación al incremento de la pena, frente a una reiteración de delitos, es obligatorio aumentar la pena, en al menos un grado, sin perjuicio de ello, se entiende que la cuantía del aumento resultaría ser facultativa. No obstante, la regla del inciso segundo del art.351 del CPP sí contiene un criterio expreso para cuantificar dicho aumento, indicando que éste dependerá del número de delitos. Señala que la doctrina en general postula que dicho criterio es de aplicación extensiva a la hipótesis del inciso primero. Por lo tanto, aunque no exista disposición expresa en torno a que el número de delitos, en este caso, once fueron acreditarlos, deba ser el parámetro para hacer uso de la facultad de agravar la sanción en uno o dos grados. Sostiene que claramente no puede ser indiferente a los juzgadores en el caso de reiteración, si los delitos acreditados fueron 3 o superan los 10 a modo de ejemplo. Y en relación al orden de la aplicación de la atenuante, indica que la realidad demuestra que cualquiera de los dos ejercicios, aplicando la atenuante tras la elevación de grados o con posterioridad, da el mismo resultado de pena, por lo tanto, no hay diferencia con la fórmula que propone el recurrente.

Valdivia, veintidós de octubre de dos mil dieciocho.

**Vistos:**

En estos autos RIT 0-60-2018 y RUC 1700418273-1 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, por sentencia de veintiocho de agosto de dos mil dieciocho se condenó al imputado J.E.C.S, a sufrir la pena de CINCO AÑOS Y UN DÍA DE RECLUSIÓN MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO, MULTA DE SEISCIENTOS SESENTA MIL PESOS Y CINCO AÑOS Y UN DÍA DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA PARA CARGOS U OFICIOS PÚBLICOS, por su participación en calidad de autor del delito reiterado de cohecho, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 248 bis del Código Penal, cometido en la ciudad de Osorno, en días y horas determinadas de los meses de noviembre y diciembre del año 2017 y enero del año 2018. El abogado Defensor particular don Franklin Gallegos Cordones en representación del acusado interpone recurso de nulidad respecto de la aludida sentencia, y se basa en la normativa prescrita en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que infringiendo lo estatuido en los artículos 62, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 248 bis del Código Penal y 351 del Código Procesal Penal, se le ha condenado, con una pena más elevada y perjudicial que la que legalmente corresponde y en consecuencia se ha dejado de aplicar la Ley 18.216 al no haberse impuesto al condenado una pena sustitutiva. Por consiguiente, el defensor pide se acoja el recurso de nulidad y se condene a su representado a través de la sentencia de reemplazo a la pena de reclusión menor en su grado máximo y se imponga pena sustitutiva de libertad vigilada especial.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el recurso de nulidad deducido en estos autos por la defensa del imputado pretende la anulación de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, por estimar que en ese fallo se incurrió en una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en su decisión al infringir las normativas que contemplan los artículos referidos a la determinación de la pena ante la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, cita artículos 62 y 64 al 69 del Código Penal, en relación a la reiteración de delitos, donde opera la norma del artículo 351 del Código Procesal Penal, ello frente a un delito de cohecho agravado descrito en el artículo 248 bis del Código Penal.

Expone el recurrente que los errores de derecho que denuncia están reflejados en el considerando décimo séptimo que se refiere a quantum de la pena y en el considerando décimo octavo que se refiere a las penas sustitutivas. Denuncia como error de derecho que el sentenciador aumentó la pena en dos grados, sin embargo, lo jurídicamente correcto era subir la pena en un grado. Ello lo justifica en que el número de hechos acreditados y la afectación al bien jurídico protegido, no son fundamento legal para aumentar la pena en dos grados, sino que se debió aumentar sólo en uno. Lo jurídicamente acertado, sostiene, es enmarcar la pena dentro del inciso primero del artículo 351, por tratarse de reiteración de simples delitos de la misma especie, sin consideración al número de hechos, más allá de la reiteración, ya que el fundamento número de hechos acreditados, que equivale a la expresión: "según fuere el número de los delitos," se aplica en el caso del inciso segundo del artículo 351 que analiza el concurso ideal de delito, cual no es la situación; y lo referente al bien jurídico protegido, no está contemplado dentro de la norma en análisis, por ser ello propio del estudio referente a las atenuantes y extensión del mal.

Plantea que lo correcto era aplicar la atenuante en la pena que fija el artículo 248 bis, y luego aumentar la pena en un grado. El artículo 248 bis establece una pena de reclusión menor en su grado medio, es decir de 541 días a 3 años. Según el considerando noveno de la Sentencia recurrida se habrían acreditado once hechos constitutivos de delito del referido artículo, por lo que en principio en ese punto la sentencia está en lo correcto y como no se puede aplicar once veces la pena del artículo 248 bis, en caso de hacer uso del artículo 74 del mismo código, procede a hacer uso del inciso 1° del artículo 351 del Código Procesal Penal, que señala “Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie. En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados”.

Afirma que al desmembrar la norma vemos que esta contempla: A.- “Reiteración de simples delitos de una misma especie”, exigencia que se cumple al estar todos los hechos descritos en la sentencia sancionados en el artículo 248 bis del Código Penal. B.- Se impondrá la pena correspondiente a las “diversas infracciones”, a diferencia de lo que indica en el inciso segundo que utiliza la expresión “según fuere el número de delitos”, de esta manera cae el fundamento dado por los sentenciadores en relación a la cantidad de delitos.

C.- Estimadas como un solo delito. En consonancia con lo anterior la ley establece que independiente del número, siempre que sean de delitos de la misma especie, se considerarán como uno solo, y por ello sobre esa base debe efectuarse primero la aplicación de las atenuantes y o agravantes y luego el aumento de la pena del artículo 351.

D.- Aumentándola en uno o dos grados. El aumento en uno o dos grados, no puede ser arbitrario, ya que si bien la ley impone el aumentar uno o dos grados, esto necesariamente debe hacerse a la luz de los parámetros de racionalidad y justicia de la sanción y además con el ejercicio de las disposiciones contenidas en los artículos 62 a 69 del Código Penal.

Enfatiza que la razón por la cual el aumento de pena debe efectuarse desde el grado menor de la sanción correspondiente a las diversas infracciones estimadas como un solo delito, radica en que es necesario aplicar el inciso primero del artículo 351 ya referido.

En el presente caso la pena debió considerarse entre los 541 y los 818 días, sostiene. Luego de esto, debe efectuarse, desde esa graduación, el aumento de pena en uno o dos grados conforme el referido inciso primero del artículo 351 del Código Procesal Penal, Fundamenta que esta tesis, es la que guarda conformidad con los principios generales que rigen la aplicabilidad de las sanciones al culpable, que mira propiamente a la persona de este para imponerle la pena (ya que el sentenciador debe considerar los elementos de atenuación o agravación, en este caso la irreprochable conducta anterior). Esta interpretación se haya confirmada por las demás partes y elementos del artículo en comento. En efecto, el inciso segundo del mencionado artículo 351 se refiere al caso en que las diversas infracciones no pueden ser consideradas como un solo delito, prescribe que para la imposición de la sanción “el Tribunal aplicará la pena señala a aquella que, considerada aisladamente, con la circunstancia del caso tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados”, en este caso estamos ante un concurso ideal de delitos.

El inciso citado no puede tener otro alcance que el de que el juez deberá imponer al culpable la pena más grave prevista para alguno de los delitos enjuiciados aumentándola en uno o dos grados, según las circunstancias, pero si esta pena más grave tiene gradaciones, se

cumple con esta al aplicar al sentenciado el grado menor de la sanción prevista para la infracción practicada con la pena mayor.

En esta línea argumentativa es indiscutible que primero se aplique la atenuante de irreprochable conducta anterior y después se efectúe el aumento de grado, lo que es diametralmente diferente a lo establecido en la sentencia cuando indica en el considerando décimo séptimo que se subiría la pena en 2 grados “así el rango sancionatorio se fijará en la reclusión mayor en su grado mínimo y dentro de dicho grado teniendo presente que le favorece al acusado una atenuante de responsabilidad sin perjudicarle agravantes, se estará por fijar la pena en su extremo inferior, esto es, cinco años y un día de reclusión, accediendo así a la petición fiscal”.

El hecho que se trate en la especie del artículo 248 bis de un delito abstracto que no implique per se que genere un daño efectivo en la esfera física de la persona o en el patrimonio de esta, cual es la situación en el caso concreto, donde no se acreditó que a propósito al supuesto ingreso de celulares al penal, que no está debidamente acreditado en la causa, se hayan derivado de aquellos en la comisión de otros ilícitos, como tráfico de drogas, el cual fue descartado desde el inicio, o estafas telefónicas. En consecuencia no habiendo demostración de un mal que supera la mera transgresión de la disposición administrativa, no hay constancia de un mal mayor, ni la demostración de un peligro concreto de un daño efectivamente causado. En consecuencia objetivamente en este juicio no se demostró ningún daño colateral causado efectivamente que pudiese aumentar el perjuicio más allá de lo teórico de modo que en consecuencia no se puede ni aún por esta vía aumentar la pena a los extremos que han llegado los Sentenciadores. Finalmente deja de manifiesto el criterio expuesto por el magistrado Marcelo Reuse, quien estuvo por imponer una pena de reclusión menor en su grado máximo, por estimar que aquella sanción resulta más adecuada atendido el mérito de los antecedentes y considerando que hubo decisión de absolución parcial.

Continúa afirmando que atento al análisis efectuado en los párrafos precedentes la pena que se imponga a su representado, de acogerse el recurso de nulidad debería ser la de reclusión menor en su grado máximo, por lo que a su representado a la luz de lo establecido en el artículo 15 bis letra A, de la Ley 18.216 debería otorgarse el beneficio (sic) de la libertad vigilada intensiva, la que se concede si la pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia fuere superior a tres años y no excediere de cinco.

En lo relativo a la posibilidad de pena sustitutiva, no desconoce el informe presentencial remitido por Gendarmería al Tribunal de Juicio Oral de Osorno que no recomienda a su representado para libertad vigilada intensiva, pero hace énfasis en lo absurdo que resulta que la misma institución de la que forma parte emita el informe, ello choca con la probidad, sostiene. Los vicios denunciados tienen incidencia en lo dispositivo del fallo por cuanto en primer lugar se aplicó una pena en un grado más que el que legamente correspondía, y como consecuencia no se le concede beneficio de libertad vigilada extensiva (sic).

Pide se proceda a anular la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, de fecha 28 de agosto de 2018, por la errada forma de la determinación de la pena, y en su lugar dictando nueva sentencia imponga una pena sustancialmente menor a la recurrida, imponiendo en definitiva la de reclusión menor en su grado máximo, en particular la de reclusión de 3 años y un día, o la que en justicia o derecho estime corresponder en ese rango de pena, y se le conceda beneficio (sic) de libertad vigilada intensiva a su defendido.

**SEGUNDO:** Que teniendo en cuenta que la cuestión planteada por el recurrente, se asila en la errada aplicación de la pena a la luz de los once delitos cometidos, es útil transcribir los artículos pertinentes, que estima infringidos, para abarcar de mejor manera el análisis del posible error de derecho.

En primer término en lo que respecta al tipo penal por el que fue condenado, el artículo **248 bis** del Código penal, dispone: *“El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio, y además, con la pena de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporal en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.*

*Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación absoluta para cargo u oficio público, perpetua, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente”.*

En lo que dice relación con la penalidad a imponer conforme a la sanción que el tipo en abstracto contempla (tratándose de un grado de una pena divisible) y a la concurrencia en este caso de una minorante, el artículo **67** del Código Penal, dispone: *“Cuando la pena señalada al delito es un grado de una divisible y no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal puede recorrer toda su extensión al aplicarla. Si concurre sólo una circunstancia atenuante o sólo una agravante, la aplicará en el primer caso en su mínimo, y en el segundo en su máximo. Para determinar en tales casos el mínimo y el máximo de la pena, se divide por mitad el período de su duración: la más alta de estas partes formará el máximo y la más baja el mínimo.*

*Siendo dos o más las circunstancias atenuantes y no habiendo ninguna agravante, podrá el tribunal imponer la inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Si hay dos o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante, puede aplicar la pena superior en un grado.*

*En el caso de concurrir circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras”.*

Existiendo reiteración de delitos, se aplicó el artículo **351** del Código Procesal Penal, que dispone: *“Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie. En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados. Si, por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos. Podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una pena menor. Para los efectos de este artículo, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico.”* Invoca además el recurrente como infringidas, otras normas legales, las que no se analizarán, en concreto, los artículos 62, 64, 65, 66, 68 y 69 que si bien se denuncian como infringidos y se transcriben en el recurso,

resultan ser impertinentes al presente caso, conforme a la pena que se contempla para el delito (ello respecto de los artículos 65, 66 y 68) y por no explicarse por el recurrente la forma en que han sido infringidos (en lo que concierne al 62, 64, 69).

**TERCERO:** Que la sentencia impuso condena por 11 delitos reiterados de cohecho, conforme a los hechos que dio por acreditados en el considerando OCTAVO del fallo, que en lo medular tuvo por acreditado: “Que en el contexto de una investigación llevaba a cabo por la Fiscalía Local de Osorno, se pudo establecer que entre los meses de noviembre y diciembre del año 2017 y enero del año 2018, en distintos días y horas, en circunstancias que el acusado J.E.C.S se desempeñaba como Suboficial de Gendarmería de Chile, cumpliendo funciones al interior del Centro Penitenciario de la ciudad de Osorno, ubicado en calle Amthauer N° 1399, solicitó y aceptó recibir de parte de terceros que mantenían algún tipo de relación o contacto con reclusos que se encontraban bajo la custodia del acusado, beneficios económicos para sí con el fin de ejecutar actos con infracción a los deberes de su cargo, consistentes en introducir al recinto penitenciario en el que cumplía funciones diversos objetos o elementos de ingreso prohibido, específicamente, teléfonos celulares y accesorios de los mismos”... En la relación fáctica se detalla con fecha cada una de las oportunidades en que se acreditó el modo de operar para ingresar los elementos prohibidos al penal.

Los hechos acreditados se enmarcaron en el tipo penal del artículo 248 bis inciso primero del Código Penal. Dicha norma, se denuncia como infringida por el abogado defensor que recurre, pero de su fundamentación, que se lee del recurso, no se detallan elementos para comprender cómo se configura la infracción. Por el contrario, del libelo se lee que las alegaciones giran en torno a la penalidad impuesta, alta a su juicio y la imposibilidad de cumplir la pena corporal con pena sustitutiva, sin cuestionar la tipificación de los hechos que se dieron por acreditados. Conforme a ello, se descarta la infracción de derecho respecto del artículo 248 bis del Código Penal.

**CUARTO:** Que por la pluralidad de hechos probados, y aplicando la norma del artículo 351 del Código Procesal Penal, se determinó elevar la pena en dos grados, “aquello no sólo en atención al número de hechos acreditados sino también considerando la afectación al bien jurídico protegido, la que según la doctrina contemporánea es el correcto desempeño de la función pública (Delitos contra la función pública, Segunda Edición, Rodríguez Collao y María Ossandoón Widow) bien jurídico relevante ya que su infracción finalmente afecta el Estado de Derecho, así el rango sancionatorio se fijará en la reclusión mayor en su grado mínimo y dentro de dicho grado teniendo presente que le favorece al acusado una atenuante de responsabilidad sin perjudicarle agravantes, se estará por fijar la pena en su extremo inferior, esto es, cinco años y un día de reclusión, accediendo así a la petición fiscal” (motivo 17° del fallo). En consideración a la extensión de la sanción privativa de libertad no procede la concesión de alguna de las penas privativas de libertad de aquellas contempladas en la Ley 18.216, terminó concluyendo el Tribunal Oral en lo Penal de Osorno.

**QUINTO:** Que corresponde, entonces, analizar la regla en comento (artículo 351), que supone un régimen de excepción a la regla de la acumulación material, del artículo 74 del Código Penal, toda vez que la fórmula que se prescribe para este caso importa una morigeración de la reacción penal que, en un inicio, podría corresponder a las conductas del penado. No se discute que correspondía aplicar el citado 74 en lugar del 351, lo que se expresa es la errónea aplicación del artículo 351, por haber considerado el número de ilícitos como uno de los elementos para elevar la pena en dos grados. Se denota que la

reiteración de delitos que atenten contra un mismo bien jurídico (delitos de la misma especie) es el elemento clave que determina el ámbito de aplicación de esta disposición.

Ahora bien, la norma, en sus dos primeros incisos distingue dos situaciones. En el primer inciso refiere los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de la misma especie, a los que se les impondrá las penas correspondientes a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados. En el inciso segundo, la segunda regla, regula el caso de que las diversas infracciones, por su naturaleza, no puedan ser consideradas como un solo delito. Para este caso se aplicará la pena que, aisladamente considerada y dadas las circunstancias del caso, tenga asignada la pena mayor, aumentada en uno o dos grados. Lo que difiere, es que las diversas infracciones no puedan ser consideradas como un solo delito, por su naturaleza. Ordena entonces, aplicar la pena mayor, aumentada en uno o dos grados, y agrega la parte final de inciso segundo, "según fuere el número de delitos". Con base en esta última frase, el recurrente sustenta su tesis de errónea aplicación del derecho, ya que afirma que el número de delitos, es un elemento a considerar, para el aumento de pena en uno o dos grados, sólo para el caso de reiteración de delitos que no puedan ser considerados como "un solo delito" y que por ende, para el caso de los cohechos reiterados por los que se sanciona, que sí pueden ser considerados como "un solo delito", la norma no atiende a su número y dicho parámetro no debió ser considerado por los sentenciadores.

**SEXTO:** Que la mayoría de los autores, estima que el caso más emblemático de delitos de la misma especie será aquél en que los delitos en cuestión sean los mismos, es decir cuando haya una "identidad absoluta de tipos". Eso se aplica, al caso de la condena del gendarme COLIBORO SOLÍS, que nos ocupa.

No existe discusión que el caso que motivó la condena se enmarca en el inciso primero, es decir, se trata de una reiteración de cohechos que sí pueden ser considerados como "un solo delito" para arribar al cómputo de la pena, con el aumento correspondiente.

En relación al incremento de la pena, frente a una reiteración de delitos, es obligatorio aumentar la pena, en al menos un grado, sin perjuicio de ello, se entiende que la cuantía del aumento resultaría ser facultativa. No obstante, la regla del inciso segundo sí contiene un criterio expreso para cuantificar dicho aumento, indicando que éste dependerá del número de delitos. La doctrina en general postula que dicho criterio es de aplicación extensiva a la hipótesis del inciso primero (NOVOA MONREAL, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General, Tomo II, tercera edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p.227). Esa es también la opinión de Tito SOLARI y Luis RODRIGUEZ, en "Determinación de la pena en los casos de reiteración de delitos", pp.255- 271), en cuanto expresan ""que en los dos casos de aumento (del inciso primero como del inciso segundo) depende del número de los delitos que concurren".

De lo expuesto se concluye que aunque no exista disposición expresa en torno a que el número de delitos, en este caso, 11 fueron los acreditados, deba ser el parámetro para hacer uso de la facultad de agravar la sanción en uno o dos grados, parece razonable que sí se atienda a ello para efectos de justificar la decisión de la pena en concreto a imponer. Claramente no puede ser indiferente a los juzgadores que deben aplicar la sanción en concreto, en el caso de reiteración, si los delitos acreditados fueron 3 o superan los 10, por dar un ejemplo.

Así las cosas, de los fundamentos en que se basa el recurso de nulidad que la infracción radica en la imposición de una pena más elevada que la que legalmente corresponde, no resulta ser acertado, especialmente que se ataca el fundamento de aquella, cuestión que debió ser impugnada por otra causal.

**SEPTIMO:** Que también discurre el letrado recurrente sobre la alegación de pena más elevada, por haberse aumentado la pena en dos grados y luego haber considerado la concurrencia de una atenuante. Postula, que el ejercicio de aplicación de pena, debió ser el inverso, a saber, considerar la concurrencia de una atenuante y sólo a continuación ejercer la facultad de elevar la pena en uno o dos grados.

La realidad demuestra que cualquiera de los dos ejercicios, aplicando la atenuante tras la elevación de grados o con posterioridad, da el mismo resultado de pena, ya que siendo la sanción aplicable al delito de cohecho reiterado, considerado como un solo delito, la de presidio menor en su grado medio y estando vedada la aplicación en el máximo del grado ante la concurrencia de una atenuante, resulta que igualmente se llega al presidio menor en su grado máximo al aumentar en dos grados la pena en abstracto, que se impuso en 5 años y un día. No hay diferencia con la fórmula que propone el recurrente. De lo expresado se concluye que tampoco hay error en la aplicación del artículo 67 del Código Penal.

En conclusión no puede hablarse de error de derecho, cuando la decisión que toman los juzgadores en cuanto a la pena a aplicar es en uso de una facultad legal y la postura del recurrente es precisamente la opción no elegida, por sobre la facultad ejercida.

**OCTAVO:** Que, de lo concluido resulta que se hace innecesario analizar la prueba documental incorporada en estrados, que dice relación con los documentos relativos a justificar la concesión de pena sustitutiva, ello a la luz de la imposibilidad de acceder a dicho modo de cumplimiento excepcional de pena corporal, por el quantum en que quedó radicada la pena, que no permite tal modo de cumplimiento en sustitución.

**NOVENO:** Que con lo razonado en el curso de esta sentencia se desprende que no se ha cometido en la dictación del fallo en examen una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo, no dándose así los presupuestos del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b) y 378 y siguientes del Código Procesal Penal, se declara:

Se **RECHAZA**, el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del acusado J.E.C.S en contra de la sentencia de autos, de veintiocho de agosto de dos mil dieciocho, la que no es nula.

Acordada con el voto en contra del Ministro don Carlos Gutiérrez Zavala, quien fue del parecer de acoger el recurso de nulidad, por concurrir la causal de errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia al haberse impuesto una pena superior a la que legalmente correspondía. Conforme a lo que dispone el artículo 351 del Código Procesal Penal, considerando los criterios de determinación de la pena (artículo 69) y teniendo como premisa la extensión del mal causado, se concluye que la pena a aplicar por los once delitos cometidos, debe fijarse en el rango del presidio menor en su grado máximo con pena sustitutiva de libertad asistida especial. Ello, de acuerdo a la correcta aplicación de la regla del artículo 351, que operara como un ajuste de la medida

de la pena a imponer para el caso de reiteración de delitos, justamente en caso que la fórmula de acumulación material se torna inapropiada por la proporción que debe existir entre gravedad del hecho y pena. En efecto, el matiz que busca ofrecer esta norma para el caso de la medida en concurso real de delitos se articula a una idea de proporción de la pena, pues su sentido es contener el volumen de su sanción a la gravedad de los hechos en cuestión, los cuales afectan a un mismo bien jurídico. En consecuencia, el fundamento de esta norma es sujetar la cuantía de la sanción –en este caso de concurso real- a los parámetros de proporcionalidad bajo los cuales el legislador estableció una pena para un hecho punible, en singular, estableciendo un incremento menor de ésta, en función del antecedente de recaída en la infracción penal que importa el hecho de la reiteración. La recaída importa un aumento de injusto cuya incidencia explica por qué la pena deberá ser aumentada, superando en sus márgenes a la pena correspondiente al delito singularmente considerado, pero no puede incidir en una penalidad que haga desproporcionada la sanción con la sanción para los hechos conforme a sus consecuencias dañinas. Conforme a dicho principio de proporcionalidad y a la luz de la mayor o menor extensión del mal causado, la pena ha sido impuesto fuera del rango legal que custodiando el antedicho principio era menester aplicar.

Redactada por el Ministro don Carlos Gutiérrez Zavala. Regístrese y comuníquese. **RoI N° 684 – 2018. PENAL.**

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia

**Rit:** 159-2018

**Ruc:** 1700683579-1

**Delito:** Robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado

**Defensor:** Francisca Vásquez Paredes

**29.- Recurso de nulidad interpuesto por la defensa, argumenta que el tribunal no valoró toda la prueba rendida en juicio, sino que consideró parcialmente la declaración de un testigo para fundamentar su decisión y además no se consideró concurrente la circunstancia atenuante del art.11 N°9 del CP.(CA Valdivia 17.10.2018 rol 159-2018)**

**Norma asociada:** CP art.11 N°9; CPP art.374 e; CPP art.373 b.

**Tema:** Recursos; Prueba; Circunstancias atenuantes de responsabilidad penal

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Valoración de la prueba; Prueba testimonial

**Magistrados:** Claudio Roberto Novoa Araya; Mario Julio Kompatzki Contreras; Samuel David Muñoz Weisz.

**SINTESIS:** La defensa interpone recurso de nulidad, sustentado en el art.374 e, y subsidiariamente por el art.373 b del CPP, en contra de la sentencia que condenó a la acusada a la sanción de 30 horas de prestación de servicios a la comunidad, en su calidad de autora del delito consumado de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado. El recurrente alega que el tribunal no valoró toda la prueba rendida en juicio, sino que consideró parcialmente la declaración de un testigo para fundar su decisión de condena. Respecto a esto, la Corte señala que el análisis de las probanzas corresponde a los Jueces de la instancia, carácter que no inviste la Corte de Apelaciones respectiva cuando procede al conocimiento de un recurso de nulidad, de manera que no es posible acceder hasta la revisión de los hechos que se han dado por establecidos. En cuanto a la causal 373 b invocada subsidiariamente, solicita que se considere la circunstancia atenuante del art. 11 N°9 del CP.La Corte lo rechaza señalando que se debe cumplir un estándar alto de exigencia, siendo insuficiente contar con una declaración de la imputada para que la colaboración pueda ser calificada de sustancial, pues se requiere que ésta sea veraz y conforme con la prueba de cargo. Además se requiere que la colaboración sea determinante, que demuestre suma relevancia y peso para el esclarecimiento de hecho y de la participación, sin cuya concurrencia la persecución penal resulte altamente dificultosa. En el caso en comento, la imputada dio una versión distinta de la dinámica de los hechos y además sostuvo su falta de participación, lo que según la Corte no puede considerarse como contribución al esclarecimiento de los hechos. Finaliza, citando a la Excm. Corte Suprema, quién agrega que se trata de una decisión privativa de los jueces de la instancia, ya que sólo ellos pueden sopesar si la actividad desarrollada por el inculpado a lo largo del procedimiento, a la luz del cúmulo de evidencia reunida en el mismo. **(Considerando Noveno y Décimo)**

Valdivia, diecisiete de octubre de dos mil dieciocho.

## **VISTOS:**

Con fecha nueve de octubre del presente año se realizó la audiencia respectiva para conocer el recurso de nulidad interpuesto por la Defensa de la imputada adolescente A.Y.G.A, representada por la Abogada Densora Penal Pública, doña Francisca Vásquez Paredes, en causa RIT 159-2018, RUC 1700683579-1 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, en contra de la sentencia de fecha veintinueve de agosto de dos mil dieciocho que la condenó a la sanción de 30 horas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, en su calidad de autora del delito consumado de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, perpetrado en horas de la madrugada del día 25 de julio de 2017, hecho cometido en perjuicio de M.C.Á, en esta comuna, con costas.

## **OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, la defensa ha invocado como causal principal del recurso de nulidad la del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, respecto de la letra c) de dicha disposición legal, en relación al artículo 297 del mismo cuerpo normativo.

Funda su arbitrio en que el tribunal no valoró toda la prueba rendida en juicio, sino que consideró parcialmente la declaración del testigo W.A.V.A para fundar su decisión de condena. Agrega que se infringió el principio de razón suficiente, al tener por establecida la participación de la imputada sin hacerse cargo íntegramente de la expuesto por el testigo ya referido, dado que éste expresó solo haber visto siluetas y no rostros, habida cuenta que se refirió a tres personas en circunstancias que los acusados fueron cuatro. Cita en lo pertinente el registro de audio respectivo.

Señala que el citado testigo no fue capaz de reconocer en la audiencia de juicio oral al conductor del vehículo, ni la posición en que las personas se subieron al mismo al momento de la ocurrencia de los hechos. Hace presente que la adolescente tiene una contextura diferente de los demás coimputados, lo que debió ser considerado por los sentenciadores. Indica que no se valoró que la víctima no pudo determinar quienes salieron del local comercial. Arguye que el testigo Á. G no presenció los hechos por lo que su declaración se remite a lo señalado por el testigo V.Á. Sostiene que las circunstancias descritas no fueron objeto de pronunciamiento por parte del tribunal, lo que atenta contra la fundamentación y razonabilidad de la sentencia, máxime si se considera que las declaraciones de los tres acusados en estrados son concordantes entre sí. Expresa que la participación de la adolescente no se encuentra acreditada, por lo que existe la posibilidad real de que los hechos hubiesen ocurrido de manera diversa a la resuelta, habida consideración que la imputada no registra antecedentes pretéritos.

En subsidio invoca la causal establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, la aplicación errónea del derecho con influencia sustancial en el fallo, en relación a que no se consideró concurrente la circunstancia atenuante del artículo 11 No 9 del Código Penal.

Esgrime que el testimonio de la imputada, en relación a los hechos, hacía procedente el reconocimiento de la citada aminorante. Refiere que de haberse considerado concurrente la colaboración substancial se debió aplicar la sanción de amonestación, al tenor de lo

dispuesto en el artículo 23 de la Ley N° 20.084. Aduce que igualmente resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 41 de la misma ley, atendido que presenta un estado de embarazo de seis meses, cuenta con pareja estable y se encuentra estudiando, según se acreditó con informe social incorporado al efecto.

En relación a la causal principal, solicita se declare nulo el juicio oral y la sentencia, ordenando la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda. Respecto a la causal subsidiaria, pide se declare la nulidad de la sentencia, se dicte una de reemplazo que reconozca la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal y, en definitiva, se imponga a la adolescente la sanción de amonestación, con aplicación del artículo 41 de la Ley N° 20.084 o solo este último conforme a la sanción aplicada en la sentencia impugnada.

**SEGUNDO:** Que, en relación a la causal principal ejercida en el recurso de nulidad, conviene tener presente que como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, en el sistema procesal penal se erige como principio fundamental que el análisis de las probanzas corresponde a los Jueces de la instancia, carácter que no inviste la Corte de Apelaciones respectiva cuando procede al conocimiento de un recurso de nulidad, de manera que no es posible acceder hasta la revisión de los hechos que se han dado por establecido mediante la valoración de los antecedentes probatorios.

El tribunal en el considerando décimo segundo da por establecidos los hechos en orden a que *“El día 25 de julio de 2017, en horas de la madrugada las acusadas D.Del C.P.A y A.Y.G.A, a la sazón esta última, de 16 años de edad, junto a otro sujeto y con el ánimo de apropiarse de especies forzaron la chapa de una puerta lateral del local comercial “M.V” ubicado en la Costanera del sector Los Molinos de esta comuna ingresando a su interior desde donde sustrajeron una caja de chocolates marca “bono bon”, cuatro cajas de chocolate marca “Vizzio” y \$8.000 en dinero efectivo. Los referidos sujetos salieron del lugar y subieron al vehículo marca Chevrolet, modelo Spark, placa patente CK.XX-1X que los esperaba y era conducido por el acusado J.H.C.N, dándose todos a la fuga, con las especies en su poder.”*

**TERCERO:** Que, según se lee en el fallo en estudio, no se advierte en la ponderación de las pruebas que hubiese insuficiencia de análisis de las mismas, desde tal punto de vista jurídico, y no aparece asimismo, la falta de argumentación en cuanto se reprocha a los juzgadores haber adquirido convicción omitiendo la concordancia de la prueba rendida y su mérito, pues de la sola lectura de los motivos cuarto, séptimo, décimo y undécimo aparece de manifiesto que dicha certeza fue adquirida ponderando las declaraciones de testigos y demás medios de prueba en su conjunto, haciéndose cargo de cada una de las alegaciones de la defensa, para establecer la participación de la acusada en los hechos, no apreciándose en dicho ejercicio saltos argumentativos, vacíos o conclusiones contradictorias, todo lo cual permitió a los sentenciadores generar la convicción de condena a la que arribó en su fallo.

En efecto, los sentenciadores expresaron en el basamento undécimo las razones, que en su conjunto, permitieron estimar como más creíble la declaración del testigo V.Á, haciéndose cargo adecuadamente de aquellos elementos en que el testimonio presentó diferencias. En este punto, debe recordarse que la exigencia legal de ponderar toda la prueba rendida en juicio no supone la transcripción íntegra de las declaraciones de los testigos, sino que impone el deber de no omitir aquellas circunstancias trascendentes que podrían fundar una decisión contraria a la adoptada por el tribunal y, ciertamente, dicha exigencia aparece cumplida.

**CUARTO:** Que, la conclusión precedente no se ve alterada por la transcripción parcial de la declaración del testigo V.Á que realiza la defensa -como prueba de la causal invocada- pues la omisión que reprocha no es efectiva, según se desprende de la mera lectura íntegra del citado considerando undécimo. Así, cuando el tribunal se aboca en su fallo a la tarea de exponer las razones que le conducen a dar credibilidad a la declaración de V.Á por sobre la versión de los acusados, lo hace sin contradicción o defecto relevante en la exposición del proceso de valoración del material probatorio y de formación de su convicción sobre este aspecto, sin tampoco infringir alguno de los principios de la sana crítica, y en este caso particular, sin vulneración al principio de razón suficiente.

**QUINTO:** Que, del tenor de las alegaciones formuladas en su arbitrio de nulidad, se desprende que -en realidad- la defensa reprocha la valoración que el tribunal asignó a las probanzas rendidas, proponiendo su propia visión acerca de su valor probatorio.

En efecto, en el recurso se cuestiona la calidad de los relatos aportados por los funcionarios policiales y de los demás testigos, cuestionamientos todos que constituyen una valoración paralela de la prueba que pretende alterar los hechos establecidos, lo que es propio de un recurso de apelación y no de un recurso de nulidad, conforme a las premisas ya referidas, razón de suyo para desestimar la causal en análisis. En este punto, es dable recordar que lo razonado para dar o restar valor a los testimonios y demás pruebas presentadas en la audiencia del juicio, en desmedro de la teoría del caso de la defensa, no se traduce, por sí solo, en una contravención a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

**SEXTO:** Que, en razón de lo anterior, es posible constatar que no existió infracción alguna por parte de tribunal al deber contenido en la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, muy por el contrario, conforme se ha analizado, se aprecia que en la especie se dio pleno cumplimiento a la necesaria fundamentación del fallo en estudio, pues existe un razonamiento lógico, completo y exento de errores manifiestos, que se desplaza sobre los medios de prueba ofrecidos, apreciados por los juzgadores en la forma y dentro de los límites señalados en el artículo 297 del Código Procesal Penal, contemplándose, además, en su motivo undécimo las razones concretas por las cuales se desestima la tesis absolutoria de la defensa, por lo que el recurso será desestimado.

**SÉPTIMO:** Que, en subsidio la defensa invoca la causal de nulidad establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo resolutivo del fallo, en relación con la no consideración de la circunstancia atenuante del artículo 11 No 9 del Código Penal.

**OCTAVO:** Que, atendida la causal ejercida, esto es, infracción de derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, es conveniente resaltar que esa transgresión puede ocurrir de las siguientes formas: contraviniendo la ley formalmente, interpretándola erróneamente o haciendo una falsa aplicación de ella. Además, conforme al principio de trascendencia, imperante en toda nulidad, la infracción de ley debe resultar determinante en el razonamiento y decisión del fallo, pues de lo contrario, no tendría la influencia sustancial que la ley requiere para la procedencia del recurso. Por último, la causal esgrimida recae exclusivamente sobre aspectos de derecho, no pudiéndose alterar por intermedio de ella los hechos de la causa, cuyo conocimiento se encuentra vedado a esta Corte.

**NOVENO:** Que, previo al análisis del fondo, resulta útil dejar asentado que para estimar concurrente la atenuante prevista en el artículo 11 N° 9 del Código Penal se debe cumplir un estándar alto de exigencia, siendo insuficiente contar con una declaración de la imputada para que la colaboración pueda ser calificada de sustancial, pues se requiere que ésta sea veraz y conforme con la prueba de cargo. Además, para que dicha conducta tenga ese efecto moderador, se precisa que la colaboración sea determinante, esto es, que demuestre suma relevancia y peso para el esclarecimiento del hecho y de la participación, sin cuya concurrencia la persecución penal habría sido altamente dificultosa.

**DÉCIMO:** Que, la sentencia impugnada contiene las razones jurídicas en virtud de las cuales rechaza la circunstancia modificatoria prevista en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, según se lee en el fundamento décimo sexto, y que esta Corte comparte plenamente, por cuanto fluye con claridad, del mérito de la prueba rendida en el juicio, que la imputada dio una versión distinta de la dinámica de los hechos y además sostuvo su falta de participación, lo que no puede considerarse como contribución al esclarecimiento de los hechos según los parámetros referidos en el considerando pretérito.

Por lo demás, tal como lo ha resuelto la Excma. Corte Suprema, ponderar y dictaminar si la colaboración prestada por el acusado puede o no calificarse de sustancial para el esclarecimiento de los hechos investigados, es una decisión privativa de los jueces de la instancia, ya que sólo ellos pueden sopesar si la actividad desarrollada por el inculpado a lo largo del procedimiento, a la luz del cúmulo de evidencia reunida en el mismo, contribuyó o no a la labor jurisdiccional de esclarecimiento de los acontecimientos enjuiciados, labor que no puede desarrollarse en esta sede de nulidad pues implicaría una nueva apreciación y valoración de todos los elementos que llevaron a los jueces de la instancia a la conclusión discutida por el recurso. (Rol N° 16.919-2018, de 13 de septiembre de 2018; Rol N°37.024-2015 de 10 de marzo de 2016; Rol N° 24.887-2014 de 29 de diciembre de 2014).

En las circunstancias antes indicadas, inoficioso resulta pronunciarse sobre la pertinencia de la sanción de amonestación alegada, pues su procedencia se vinculó al acogimiento de la aminorante en análisis.

**DÉCIMO PRIMERO:** Que, en cuanto a la aplicación del artículo 41 de la Ley N° 20.084, en el considerando décimo séptimo numeral octavo de la sentencia impugnada, se expresan las razones para fundar su rechazo y que consisten, en síntesis, en la necesidad de fortalecer el respeto de la adolescente por los derechos y libertades de las personas, su necesidad de desarrollo e integración social, así como la responsabilización de la joven y su plena integración social, todos parámetros tenidos en vista por el legislador al implementar un estatuto penal diferenciado para los adolescente infractores, por lo que no se configura la infracción de ley que se reprocha, máxime si se considera que el enunciado normativo en análisis contempla una facultad para el órgano jurisdiccional por lo que el error denunciado, de existir, no tendría influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, condición sin la cual esta causal del arbitrio tampoco puede prosperar.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que, por las razones antes expuestas se concluye que la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, no ha incurrido en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por lo que la nulidad ha de ser rechazada por este capítulo.

Y vistos además lo dispuesto en los artículos 297, 342, 373 letra b), 374 letra e) y 385 del Código Procesal Penal, se **RECHAZA**, el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de

la condenada A.Y.G.A, en contra de la sentencia definitiva de fecha veintinueve de agosto de dos mil dieciocho, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Valdivia, la que no es nula.

Se previene que el Ministro Sr. Samuel Muñoz Weisz estuvo por rechazar la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, teniendo únicamente presente para ello lo consignado en el apartado segundo del motivo décimo del presente fallo, amén que lo cuestionado dice relación con la fundamentación dada por los sentenciadores y no en un verdadero error en el juicio jurídico en relación con la materia de que se trata.

Que el mismo razonamiento aplica en relación con los cuestionamientos vinculados al artículo 41 de la Ley 20.084.

Redactó el Ministro Sr. Mario Julio Kompatzki Contreras. Regístrese y comuníquese. **Rol N° 688-2018 Penal.**

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia

**Rit:** 1179-2018

**Ruc:** 1800274033-4

**Delito:** Microtráfico

**Defensor:** Francisca Vásquez Paredes

**30.- Recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público por la exclusión de prueba documental, fundamentada en el art.334 del CPP, por considerar que en ellas consta intervención de la policía y del Ministerio Público. La Corte revoca la resolución dictada por el Juez de Garantía por estimar improcedente la exclusión. (CA Valdivia 03.10.2018 rol 1179-2018)**

**Norma asociada:** CPP art.334; CPP art.331; CPP art.332; CPP art.276.

**Tema:** Recursos; Prueba; Garantías constitucionales; Etapa de investigación

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Exclusión de prueba; Garantías; Prueba ilícita

**Magistrados:** Luis Moisés Aedo Mora; Marcia del Carmen Undurraga Jensen; Juan Ignacio Correa Rosado.

**SINTESIS:** El Ministerio Público apela resolución dictada en audiencia de preparación de juicio oral, en virtud de la cual se excluyó prueba documental ofrecida por su parte. Los argumentos del Juez de Garantía residen en que se contraviene con su inclusión lo que dispone el art.334 del CPP, al entender que en ellas constan diligencias investigativas en que, si bien intervienen terceros, también habría intervención de la policía y del ente persecutor, con lo cual se vulnerarían derechos y garantías procesales de imputado. La Corte REVOCA la resolución dictada en la parte que excluyó la prueba documental y, en su lugar, rechaza la petición de exclusión de la defensa del acusado, quien sostiene que la intervención de un agente policial en los documentos aludidos, por contener uno de ellos, la rúbrica de un carabinero, en la entrega del decomiso, lo sitúa en la hipótesis del art.334 del CPP y ello justifica su exclusión. Sin embargo para la Corte dicha afirmación es errónea, puesto que basa la exclusión en una causal que no es procedente. Que, en efecto, se concluye errónea porque los documentos antes dichos emanan del Servicio de Salud de Osorno y no de la policía ni del Ministerio Público, y la sola presencia de la firma de un policía para mantener la unidad de procedimiento no es constitutivo de una diligencia policial. Por otra parte, sostiene que la exclusión, fundada en los términos en que se hizo se aprecia improcedente, toda vez que se ha hecho valer como causal la obtención de la prueba con inobservancia de garantías constitucionales; sin embargo, no se produjo ninguna vulneración de norma legal en el momento de la producción de dicha prueba. Por lo tanto, no se aprecia el modo cómo pudo concluirse la afectación del debido proceso legal. Además agrega que la ubicación sistémica del art.334 del CPP está dirigida a su aplicación por el TOP, y no para ser considerada como regla de exclusión “ex ante” en la audiencia intermedia. **(Considerando 7º y 8º)**

### **Texto Íntegro:**

Valdivia, tres de octubre de dos mil dieciocho.

### **VISTOS:**

1º) Que, en causa RUC N°1800274033-4, RIT N°1179-2018, el Fiscal Adjunto, don Jorge Munzenmayer Cristi, apela de la resolución dictada en audiencia de preparación de juicio oral, celebrada el 10 de septiembre de 2018, en virtud de la cual se excluyó prueba documental ofrecida por su parte, consistente en Confidencial N°188 y Acta de recepción de Decomisos N°88/2018, uno emitido por el Departamento de Articulación de la Red del Servicio de Salud de Osorno y el otro, emanado de igual Servicio de Salud, que fueran signados con los números 1 y 2 de la documental concerniente a la acusación.

El fundamento argüido, en síntesis, por el Señor Juez de Garantía en su resolución para excluir la prueba documental que pretendía rendir el Ministerio Público en la audiencia de Juicio Oral, reside en que se contraviene con su inclusión lo que dispone el artículo 334 del Código Procesal Penal, al entender que en ellas constan diligencias investigativas en que, si bien intervienen terceros, también habría intervención de la policía y del ente persecutor, con lo cual se vulnerarían derechos y garantías procesales del imputado.

Culmina, solicitando se revoque dicha resolución y se ordene la incorporación de los dos documentos excluidos.

La Defensa ante estos estrados, por su parte, pidió se confirmase la resolución recurrida, adhiriendo, en suma, a sus propios fundamentos, amparado en el artículo 276 inciso tercero del Código Procesal Penal y 19 N°3 inciso 6º de la Constitución Política de la República.

2º) Que, el citado artículo 334 del Código Procesal Penal dispone, en lo pertinente, lo que sigue: "Prohibición de lectura de registros y documentos. Salvo en los casos previstos en los artículos 331 y 332, no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público".

3º) Que la exclusión de prueba, en cuanto sanción que es, encuentra asidero en causales que se encuentran previstas precisamente en el artículo 276 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

En tal sentido, el artículo 276 permite la exclusión probatoria por causa de manifiesta impertinencia, pretensión de acreditar hechos públicos y notorios, efectos dilatorios (en el caso de los testigos y documentos), originadas en actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas obtenidas con infracción de garantías fundamentales. Tal norma concluye afirmando: "Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura".

Este catálogo, a la luz del inciso final del mismo precepto, resulta ser taxativo y no meramente enunciativo, toda vez que la ley prescribe de modo imperativo que las demás pruebas: "serán admitidas por el juez de garantía", lo que impide a la Magistratura "a quo" decretar la exclusión por una causal que no se hallare prevista en dicha norma.

4º) Que los documentos excluidos, según ha quedado expuesto, consisten en: **Confidencial N°188**, que se trata de un documento emitido por el Departamento de

Articulación de la Red del Servicio de Salud Osorno, que da cuenta de la recepción del decomiso, del proceso de análisis farmacológico de la sustancia incautada y del tráfico y acción de la sustancia en el organismo. Asimismo, el **Acta de recepción de decomisos N° 88/2018**, referida a los pesos de las sustancias incautadas y recibidas, la cual es suscrita por un funcionario del Servicio de Salud Osorno

5°) Que la alegación de la defensa, que sirvió de fundamento esencial para la decisión adoptada por el Magistrado “a quo”, sostiene que la intervención de un agente policial en los documentos aludidos, por contener uno de ellos, la rúbrica de un carabinero, en la entrega del decomiso, lo sitúa en la hipótesis del artículo 334 del Código Procesal Penal y ello justifica su exclusión.

Dicha afirmación, en concepto de esta Corte, además de ser errónea, basa la exclusión en una causal que no es procedente.

6°) Que, en efecto, se concluye errónea, pues los documentos antedichos emanan del Servicio de Salud Osorno, no de la policía ni del Ministerio Público. Amén de ello, la sola presencia de la firma de un policía para mantener la unidad del procedimiento entre aquello decomisado en su labor y aquello que es recibido por el profesional de la salud para su análisis, que suele servir de base, además, para mantener la debida continuidad de la cadena de custodia en relación con la sustancia incautada, no es constitutivo de una diligencia policial. Esto respecto del Acta de recepción del decomiso N° 188 de 2018. Tampoco puede dársele ese carácter al Confidencial N°188, esto es, a la recepción del decomiso, proceso de análisis farmacológico y acción de la sustancia en el organismo, que precisamente es el contenido del documento denominado Acta de recepción de decomisos, en la que menos aún se advierte intervención alguna de la policía ni del Ministerio Público.

7°) Que, por otra parte, la exclusión, fundada en los términos en que se hizo se aprecia improcedente, toda vez que se ha hecho valer como causal la obtención de tal prueba con inobservancia de garantías constitucionales; sin embargo, con lo que ha quedado dicho, al no haberse vulnerado norma legal alguna en el momento de la producción de dicha prueba, que es el que fluye relevante para estos efectos, emanada que fue además del órgano habilitado para generarla y con un objetivo plenamente ajustado al ordenamiento jurídico, no se aprecia el modo cómo pudo concluirse la afectación de alguna garantía, en específico, la citada vinculada a un debido proceso legal.

8°) Que, por último y en refuerzo de lo razonado, la ubicación sistemática del artículo 334 del estatuto procesal penal aplicado en la especie, regla que se encuentra en el Título III referido al “Juicio Oral”, en el párrafo IX “Desarrollo del juicio oral”, es una norma “ordinatoria litis”, que indefectiblemente está dirigida a su aplicación por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, pero no para ser considerada como regla de exclusión “ex ante” en la audiencia intermedia, siendo, en principio, una aplicación no autorizada por el Legislador, cuya apreciación y valoración ha de quedar reservada para el sentenciador de fondo.

9°) Que, como podrá advertirse en base a lo reflexionado, la resolución en Alzada habrá de ser revocada.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Penal, se **REVOCA** la resolución dictada en audiencia de diez de septiembre de dos mil dieciocho, en la parte que excluyó la prueba documental ofrecida por el Ministerio Público y, en su lugar, se resuelve: Que se **RECHAZA** la petición de exclusión de la defensa del acusado, por lo que se ordena

incorporar al Auto de Apertura de Juicio Oral la siguiente prueba documental ofrecida por el Ministerio Público:

Confidencial N° 188.

Acta de recepción de decomisos N° 88/2018. Comuníquese. Redactada por el Ministro Titular, Señor Luis Moisés Aedo Mora. N°Penal-711-2018.

No firma el Ministro Sr. Juan Ignacio Correa Rosado, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo por encontrarse presidiendo la Comisión de Libertad Condicional.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia

**Rit:** 61-2018

**Ruc:** 1810003762-5

**Delito:** Apropiación indebida.

**Defensor:** Matías Hiriart Bertrand

**31.- Tribunal A Quo denegó Recurso de Apelación interpuesto en contra de la negativa del Tribunal de Garantía de sobreseer definitivamente la causa, por considerarlo extemporáneo. Defensa interpone Recurso de Hecho el que es acogido por el Tribunal Ad Quem (CA Valdivia 26.10.2018 rol 61-2018)**

**Normas asociadas:** CPP art.253; CPP art.14; CPP art.366; CPP art.369; CPP art.370.

**Tema:** Recursos.

**Descriptor:** Recurso de hecho; Sobreseimiento definitivo.

**Magistrados:** Mario Julio Kompatzki Contreras; Samuel David Muñoz Weisz; Juan Carlos Vidal Etcheverry.

**SINTESIS:** Tribunal A Quo denegó Recurso de Apelación interpuesto en contra de la negativa del Tribunal de Garantía de sobreseer definitivamente la causa, por considerarlo extemporáneo, indicando un error en el cómputo del plazo, puesto que, fue interpuesto 9 días después de dictada y notificada en la audiencia la resolución que rechazó el sobreseimiento definitivo. La defensa interpone Recurso de Hecho arguyendo que hubo un error en el cómputo del Tribunal A Quo, porque el último día para interponer el Recurso de Apelación era día domingo 16 de septiembre y los días lunes 17, martes 18 y miércoles 19, todos del mismo mes, eran feriados. En consecuencia, aplicando correctamente el inciso segundo del art.14 del CPP, el plazo para interponer el recurso se aplió hasta el día jueves 20 de septiembre, fecha en que fue interpuesto el Recurso de Apelación. La Corte acepta la postura de la defensa y acoge el Recurso de Hecho.

**Texto Íntegro:**

Valdivia, veintiséis de octubre de dos mil dieciocho.

**VISTOS:**

Comparece don Matías Hiriart Bertrand, abogado defensor de los querellados V.G.C y N.C.P, en causa RIT N° O – 61 – 2018, seguida ante el Juzgado de Garantía de Río Bueno, quien interpone Recurso de Hecho en contra de la resolución dictada por el Juzgado de Garantía de Río Bueno, en causa RIT N° O – 61 – 2018, con fecha de 11 de septiembre del presente mediante, por la cual el Tribunal A Quo denegó el Recurso de Apelación interpuesto en contra de la negativa del Tribunal de Garantía de sobreseer definitivamente la presente causa. Señala que con fecha de 11 de septiembre se discutió en audiencia la solicitud de sobreseimiento definitivo, rechazando el Tribunal A Quo ese mismo día tal petición. En virtud de lo dispuesto en los artículos 93 letra f), 253 y 370 letra b) del Código Procesal Penal, el recurrente interpuso dentro de plazo un Recurso de Apelación en contra

de la negativa del Tribunal de Garantía de sobreseer definitivamente la presente causa con fecha de 20 de septiembre del año 2018, el que fue declarado erróneamente extemporáneo por el Tribunal de Garantía. Indica que el Recurso de Apelación se interpuso dentro de plazo, ya que el artículo 366 del Código Procesal Penal establece un plazo de 5 días para interponer Recurso de Apelación y el artículo 14 del mismo cuerpo legal establece que "No obstante, cuando un plazo de días concedido a los intervinientes venciere en día feriado, se considerará ampliado hasta las veinticuatro horas del día siguiente que no fuere feriado". Hace presente, que el error en el cómputo del Tribunal A Quo se produjo porque el último día para interponer el Recurso de Apelación, esto es el quinto día corrido era el día domingo 16 de septiembre 2018 y, los días lunes 17, martes 18 y miércoles 19, todos del mismo mes, eran también feriados. En consecuencia, aplicando correctamente el inciso segundo del artículo 14 antes descrito, el plazo para interponer el presente Recurso de Apelación se amplió hasta el día 20 de septiembre de 2018, fecha en la que se interpuso el Recurso de Apelación materia de esta presentación según consta en certificado que se acompaña en un otrosí. Por lo expuesto pide concretamente, se acoja el Recurso de Hecho, declarando admisible el Recurso de Apelación interpuesto por esta parte en contra de la resolución que negó sobreseer definitivamente la presente causa con fecha de 11 de septiembre del año 2018;

Evacuando el informe comparece don César Iván Agurto Mora, Juez Suplente del Juzgado de Letras y Garantía de Río Bueno, quien informa que en causa rit 61 - 2018 del Juzgado de Letras y Garantía de Río Bueno, sobre delito de apropiación indebida, con fecha 11 de Septiembre de 2018, se celebró audiencia a solicitud de la parte querellada, donde se debatió el sobreseimiento definitivo de la causa, lo que luego de haberse efectuado los alegatos de la querellada, Ministerio Público y parte querellante, se rechazó, por cuanto existen diligencias pendientes y no darse los presupuestos del artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal.

Respecto de esta resolución dictada en la audiencia de 11 de Septiembre de 2018, el abogado de la querellada, presentó recurso de apelación con fecha 20 de Septiembre de 2018, solicitando que se conceda el recurso de apelación y se eleven los autos a la ltma. Corte de Apelaciones de Valdivia para su vista y resolución.

Con fecha 21 de Septiembre de 2018, resolviendo este recurso de apelación, este Tribunal dictó la siguiente resolución: "Atendido lo dispuesto en /os artículos 253 y 366 del Código Procesal Penal, no ha lugar por extemporáneo".

Hace alusión en su informe, a lo expresado en los artículo 253 y 366 del Código Procesal Penal, indicando que la apelación fue interpuesta con fecha 20 de Septiembre de 2018, o sea, 9 días después de dictada y notificada en la audiencia de 11 de Septiembre del año en curso, la resolución que rechazó el sobreseimiento definitivo de la causa.

#### **Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, el recurso de hecho es aquel acto jurídico procesal de parte, que se realiza directamente ante el Tribunal superior jerárquico, a fin de solicitarle que enmiende con arreglo a derecho la resolución errónea pronunciada por el inferior acerca del otorgamiento o denegación de una apelación interpuesta por él. (MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián, Los Recursos Procesales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p.223).

**SEGUNDO:** Para la resolución del presente asunto, se deberá considerar que el artículo 370 del Código Procesal Penal indica, que las resoluciones dictadas por el juez de garantía serán apelables cuando la ley lo señale expresamente. Por su parte, el artículo 253 del mismo texto legal, refiere que el sobreseimiento sólo será impugnabile por la vía del recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva. El artículo 14 del Código señalado, expresa en su inciso segundo: “No obstante, cuando un plazo de días concedido a los intervinientes venciere en día feriado, se considerará ampliado hasta las veinticuatro horas del día siguiente que no fuere feriado. El artículo 366 del Código Procesal Penal señala, que la apelación deberá entablarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución impugnada.

**TERCERO:** Son hechos no discutidos, el haberse realizado la audiencia en que se dictó la resolución que se pretende recurrir por la vía de la apelación, con fecha 11 de septiembre de 2018 y que la apelación fue presentada con fecha 20 de septiembre del mismo año. Consta además, por ser un hecho público y notorio, que el día 16 de septiembre, que corresponde al quinto día corrido contado desde la dictación de la resolución recurrida, fue día domingo y que los días 17, 18 y 19 del mismo mes y año, fueron feriados.

**CUARTO:** Resulta necesario entonces colegir, que por ser día feriado el último día del plazo concedido por ley para la interposición del recurso, conforme lo dispone el artículo 14 del Código Procesal Penal, éste debió considerarse ampliado, hasta las veinticuatro horas del día siguiente que no fuera feriado. Es del caso, que los días siguientes, esto es 17, 18 y 19 fueron feriados, por lo que el día siguiente hábil era precisamente el día 20 de septiembre, entendiéndose entonces prorrogado el plazo hasta las veinticuatro horas de dicho día, para la interposición del correspondiente recurso de apelación.

**QUINTO:** Atendido el mérito de los antecedentes, la naturaleza jurídica de la resolución motivo de alzada, la materia sobre la que se pronuncia y de conformidad a las normas señaladas, según lo dispone el artículo 369 del Código Procesal Penal, denegado el recurso de apelación, respecto de una resolución apelable, cuyo es el caso, al establecerlo expresamente el artículo 253; y habiendo sido interpuesto dentro del plazo que el artículo 366 señala, contabilizado dicho plazo de acuerdo a lo establecido en el artículo 14, todas las normas mencionadas, del Código Procesal Penal, resulta necesario acoger el presente recurso, en atención a que éste fue interpuesto dentro de los plazos que la ley confiere, de acuerdo a lo antes razonado. Conforme lo expuesto, y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 14, 253, 366, 369, 370 del Código Procesal Penal, se **ACOGE** el presente recurso, interpuesto por la defensa de los imputados Víctor Gutiérrez Correa y Noelis Cerpa Parra, y, en consecuencia, se concede la apelación deducida en contra de la resolución de fecha 11 de septiembre de 2018, dictada en causa rit RIT N° O – 61 – 2018 seguida ante el Juzgado de Garantía de Río Bueno.

Comuníquese lo resuelto, al tribunal de origen, extraíganse los antecedentes del sistema ingrésese y pasen al Sr. presidente para los fines pertinentes. Agréguese copia a la carpeta.

Regístrese y archívese. **Rol 730-2018.- Penal.**

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia

**Rit:** 901-2016

**Ruc:** 1600966074-0

**Delito:** Porte ilegal de arma de fuego

**Defensor:**

**32.- Recurso de Apelación interpuesto por el Ministerio Público por la exclusión de prueba en el marco de una audiencia de preparación de juicio oral por ser considerada una actuación que infringió garantías constitucionales del imputado. (CA Valdivia 18.10.2018 rol 901-2016)**

**Norma asociada:** CPP art.129; CPP art.215; CPP art.366; CPP art.277.

**Tema:** Recursos; Prueba; Garantías constitucionales

**Descriptor:** Recurso de apelación; Exclusión de prueba; Prueba ilícita

**Magistrados:** Mario Julio Kompatzki Contreras; Maria Soledad Piñeiro Fuenzalida; Samuel David Muñoz Weisz.

**SINTESIS:** Recurso de Apelación interpuesto por el Ministerio Público por la exclusión de prueba consistente en veinte fotografías del sitio del suceso y un oficio de la Autoridad Fiscalizadora de Osorno, en el marco de una audiencia de preparación de juicio oral realizada por el delito de porte ilegal de arma de fuego. Fiscalía explica que todo se gestó a raíz de un procedimiento por VIF, en que se produce la detención del imputado en la vía pública, posteriormente en un transcurso de dos horas se procede al registro del domicilio con autorización de la víctima, efectuándose el hallazgo casual de un arma de fuego sin autorización competente. Además señala que, a pesar de que dicha incautación no se enmarca en la diligencia de la detención del imputado, dice relación con una búsqueda e incautación de elementos asociados al delito de amaneza a carabineros. La defensa solicita se confirme la resolución apelada, porque dice relación con una incautación de un arma de fuego derivada de un control de detención, efectuada fuera de los márgenes del art.129 del CPP. La Corte acepta los argumentos del Ministerio Público y revoca la resolución, argumentando que, dentro de las actuaciones de la policía, sin orden previa, el art.83 letra a) contempla el prestar auxilio a la víctima, luego en la letra c) del CPP, establece resguardar el sitio del suceso. Y en este orden de ideas, le parece razonable que funcionarios policiales, en afán de auxiliar a la víctima, la hayan llevado, como es habitual a constatar lesiones y luego para propender a su protección, acompañarla a su domicilio, lugar que procedieron a resguardar. En dicho mérito, con autorización de la víctima los funcionarios ingresan al domicilio y se efectuó un hallazgo casual. De este modo, no puede hablarse de incautación inconexa con la dinámica de hechos acontecidos. Por lo tanto, la presencia de carabineros en un lugar cerrado no solo puede tener lícita explicación en lo contemplado en el inciso final del art.129 del CPP, sino también en actividades de protección a la víctima en que se produce un hallazgo casual como en el caso concreto. Sin embargo, hay un voto en contra, de la Ministra Sra. María Soledad Piñeiro, quien estuvo por confirmar la resolución apelada.

**Texto Íntegro:**

Valdivia, dieciocho de octubre de dos mil dieciocho.

**VISTOS:**

**PRIMERO:** Que recurre de apelación doña Leyla Chahin Valenzuela, Fiscal Adjunto Jefe de la Fiscalía Local de Río Negro, en causa RUC 1600966074-0, RIT 901-2016 en contra de una resolución del Juzgado de Garantía de Río Negro, de veintiocho de septiembre de dos mil dieciocho, que en el marco de una audiencia de preparación de juicio oral, realizada por el delito de porte ilegal de arma de fuego, atribuido a C.J.I.I, excluyó veinte fotografías del sitio del suceso y un oficio de la Autoridad Fiscalizadora de Osorno, por entender que devienen de una actuación en que se habrían infringido garantías constitucionales.

Afirma que la resolución recurrida le causa agravio, pues el Ministerio Público se ve privado de presentar prueba suficiente que le permita acreditar la ocurrencia de los hechos. Explica que todo se gestó a raíz de un procedimiento por violencia intrafamiliar, mediante el cual, personal de carabineros concurrió al domicilio que compartían víctima e imputado, hoy acusado, logrando la detención de este último en la vía pública. El registro del domicilio fue posterior, autorizado por la víctima, efectuándose el hallazgo casual del arma de fuego sin tener el imputado autorizaciones competentes ni armas inscritas a su nombre. Asevera que el registro es un hallazgo casual y si bien, no se enmarca en la diligencia de la detención del imputado, dice relación con una búsqueda e incautación de elementos asociados al delito de amenazas a carabineros, realizándose la diligencia en forma posterior para resguardar y efectuar trabajos sobre el sitio del suceso. La diligencia se realizó con autorización voluntaria del encargado del domicilio, la víctima del hecho investigado relativo a violencia intrafamiliar, conviviente del acusado, en aquel momento detenido.

Cita el artículo 215 del Código Procesal Penal, que solo establece como requisito, ante el hallazgo de elementos ajenos al delitos que se investiga, la comunicación inmediata al fiscal, exigencia que se cumplió en la investigación. De esta manera no se ha infringido garantía alguna para el imputado.

En su parte petitoria, solicitó se revoque la resolución recurrida y se enmiende, de tal manera que introduzca la prueba excluida.

**SEGUNDO:** Que la defensa solicita que se confirme la resolución apelada por considerar que se encuentra ajustada a derecho. En efecto, el juez a cargo de la dirección de la audiencia acogió los argumentos de la defensa en orden a excluir los medios de prueba aludidos, porque dicen relación con una incautación de un arma de fuego derivada de un control de la detención, efectuada fuera de los márgenes del artículo 129 del Código Procesal Penal, en cuanto dispone que la policía podrá ingresar a un lugar cerrado, mueble o inmueble, cuando se encontrare en actual persecución del individuo a quien debiere detener, para practicar la respectiva detención. Solo en dicho marco la policía podría registrar el lugar e incautar los objetos y documentos vinculados al caso que dio origen a la persecución, dando aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará. La defensa reclamó que el acusado fue detenido fuera de su domicilio el trece de octubre de dos mil dieciséis, aproximadamente a las 04:00 horas y trasladado al cuartel policial para los trámites de rigor. Posteriormente, dos horas después, funcionarios policiales retornan al domicilio del imputado, ingresan por autorización de su conviviente, procediendo a un registro e

incautando un arma de fuego, en específico una escopeta de un cañón con número de serie 4131, que estaba oculta bajo un colchón. En tal orden de ideas, el juez de la causa ordenó la exclusión atendido lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal, entendiendo que fueron obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

**TERCERO:** Que según se explica por la acusadora y se corrobora con la observación del sistema computacional, el caso se inició para investigar tres ilícitos: lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, amenazas a funcionarios de carabineros y porte ilegal de arma de fuego. Se produjo término a la investigación del primer delito en razón de sobreseimiento. Respecto al segundo ilícito se produjo un acuerdo reparatorio, prosiguiéndose únicamente en relación al delito de porte ilegal de arma de fuego.

De esta manera, la detención se verifica por los primeros dos ilícitos, en cuanto se sindicaba por la víctima haber sido el causante de sus lesiones, realizando además acciones amenazantes, serias y verosímiles con un hacha hacia funcionarios policiales, mientras que el hallazgo del arma motivó la tercera imputación, única que subsiste al día de hoy.

**CUARTO:** Que dentro de las actuaciones de la policía, sin orden previa, el artículo 83 letra a) contempla el prestar auxilio a la víctima, luego en la letra c) del Código Procesal Penal, establece resguardar el sitio del suceso, debiendo preservar siempre todos los lugares donde se hubiere cometido un delito o se encontraren señales o evidencias de su perpetración, fueren éstos abiertos o cerrados, públicos o privados.

En este orden de ideas, razonable resulta que funcionarios policiales, en afán de auxiliar a la víctima, la hayan llevado, como es habitual, a constatar lesiones y luego para propender a su protección, acompañarla a su domicilio, lugar que procedieron a resguardar. En dicho mérito, con autorización de la víctima funcionarios policiales ingresaron al domicilio, acompañando a una persona de quien los antecedentes daban cuenta que había sido víctima de violencia intrafamiliar, en concreto golpes en su rostro. Es en base a dicha presencia que se efectuó un hallazgo casual, bajo un colchón, un arma de fuego que le es atribuido al acusado. De este modo mal puede hablarse de una incautación inconexa con la dinámica de hechos acontecidos aquella madrugada, obtenida con inobservancia de garantías constitucionales, pues la presencia de funcionarios policiales en un lugar cerrado no solo puede tener lícita explicación en lo contemplado en el inciso final del artículo 129 del Código Procesal Penal, sino también en razonables actividades de protección a la víctima en que se produce un hallazgo casual que obligó a proceder conforme lo dispone el artículo 215 del código citado, concretizándose con un inmediato llamado al fiscal de turno, hecho que no ha sido cuestionado.

De este modo, tanto las fotografías como el oficio que han sido excluidos por el tribunal a quo, deben ser incorporados al auto de apertura, pues no se advierte vulneración a garantías constitucionales que fundamente su exclusión.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto por los artículos 83 letras a) y c), 215, 276, 277 y 370 del Código Procesal Penal, se **REVOCA**, en lo apelado, la resolución de veintiocho de septiembre de dos mil dieciocho, que excluyó prueba ofrecida por el Ministerio Público en la audiencia preparatoria del juicio oral y se declara que se incorpora en el aludido auto de apertura de juicio oral aquellas: veinte fijaciones fotográficas del sitio del suceso, adjuntas al parte policial número 341 de fecha trece de octubre de dos mil diecisiete y un oficio número 56, de fecha dos de febrero de dos mil diecisiete, de la Autoridad Fiscalizadora de Osorno.

Acordado contra el parecer de la Ministra Sra. María Soledad Piñeiro Fuenzalida quien estuvo por confirmar la resolución apelada por estimar que existiendo un indicio de búsqueda del arma lo que consta en el parte policial al decir que en consideración a la hora no fue posible requerir información de la autoridad competente en registro respectivo, el actuar policial se aparte de lo previsto en el artículo 215 del Código Procesal Penal.

Comuníquese.

**Rol N° 766-2018 REF.**

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia

**Rit:** 741-2018

**Ruc:** 1810039037-6

**Delito:**

**Defensor:** Eugenio Díaz Acuña

**33.- Recurso de Hecho interpuesto por la defensa, precisa que la apelación debió presentarse verbalmente en la misma audiencia. La Corte rechaza el recurso, considerando que en los casos del art.149 del CPP, no precluye el derecho de apelar en conformidad a las reglas generales. (CA Valdivia 18.10.2018 rol 796-2018)**

**Norma asociada:** CPP art.149; CPP art.352; CPP art.369.

**Tema:** Recursos; Ley de medidas alternativas a la privación de libertad

**Descriptor:** Recursos de hecho; Recurso de apelación; Prisión preventiva; Medidas cautelares personales.

**Magistrados:** Marcia del Carmen Undurrafa Jensen; Luis Moises Aedo Mora; Gloria Edith Del Carmen Hidalgo Alvarez.

**SINTEISIS:** La defensa recurre de hecho en contra de la resolución que resolvió hacer lugar al recurso de apelación presentando por el Ministerio Público. Señala que la apelación interpuesta por el recurrente, se dirige contra la resolución que sustituyó la medida cautelar de prisión preventiva por la de arresto domiciliario total y prohibición de acercamiento a la víctima. Precisa que la apelación del Ministerio Público debió presentarse verbalmente en la misma audiencia, conforme lo dispone el art.149 del CPP. La Corte rechaza el Recurso de Hecho, indicando que, la finalidad del precepto citado, en cuanto a la apelación verbal, dice relación con evitar que el imputado sea puesto en libertad mientras no se resuelva la apelación, pero de ello no se sigue como consecuencia que precluya el derecho del persecutor de recurrir en conformidad a las reglas generales. Además agrega que, se debe tener presente que uno de los delitos concernidos en la formalización no es de aquellos que contempla la norma del art.149 del CPP.

**Texto Íntegro:**

C.A. de Valdivia

Valdivia, dieciocho de octubre de dos mil dieciocho.

**VISTOS:**

Don Eugenio Eduardo Díaz Acuña, defensor penal público mapuche, en representación del imputado J.A.L.D, en causa RUC 1810039037-6 RIT No 741-2018 del Juzgado de Garantía de Mariquina, recurre de hecho en contra de la resolución de fecha 17 de octubre de 2018, que resolvió hacer lugar al recurso de apelación presentado por el Ministerio Público, dictada por la magistrado doña Andrea Hurtado Villanueva, la cual señala: «Téngase por

interpuesto el recurso de apelación deducido por el Fiscal Adjunto del Ministerio Público de San José de Mariquina, en contra de la resolución dictada en audiencia realizada el día 10 de octubre del año en curso. Se concede en el solo efecto devolutivo, y se ordena elevar los antecedentes de todo lo obrado en carpeta judicial y del registro de audio de dicha audiencia, a la Iltrma. Corte de Apelaciones de Valdivia para su conocimiento y resolución, de conformidad a lo previsto en los artículos 149, 365 y siguientes del Código Procesal Penal, ofíciase.

Notifíquese vía correo electrónico a la Fiscalía local, Abogado Querellante y al Abogado Defensor; al imputado J.A.L.J, conforme lo dispone el artículo 28 del Código Procesal Penal».

Señala que la apelación interpuesta por el recurrente, se dirigía contra la resolución dictada por la Magistrada recurrida en audiencia realizada el 10 de octubre pasado, que sustituyó la medida cautelar de prisión preventiva por la de arresto domiciliario total y prohibición de acercamiento a la víctima.

Precisa que la apelación del persecutor debió presentarse verbalmente en la misma audiencia, conforme lo dispone perentoriamente el artículo 149 del Código Procesal Penal.

Concluye solicitando tener por interpuesto el recurso de hecho deducido y, en definitiva, declarar que el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público es inadmisibile.

Se ordenó traer a la vista la causa en los autos Rol 793-2018 Penal y dar cuenta del presente recurso.

#### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, el recurso de hecho es aquel acto jurídico procesal de parte que se realiza directamente ante el Tribunal superior jerárquico, a fin de solicitarle que enmiende con arreglo a derecho la resolución errónea pronunciada por el inferior acerca del otorgamiento o denegación de una apelación interpuesta por él. (Mosquera, Mario y Maturana, Cristián, *Los Recursos Procesales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p.223). En materia procesal penal, el artículo 369 del Código del ramo dispone que *“denegado el recurso de apelación, concedido siendo improcedente u otorgado con efectos no ajustados a derecho, los intervinientes podrán ocurrir de hecho, dentro de tercero día, ante el tribunal de alzada, con el fin de que resuelva si hubiere lugar o no al recurso y cuáles debieren ser sus efectos”*.

**SEGUNDO:** Que, la cuestión debatida se centra en determinar si el Ministerio Público, en los casos del artículo 149 inciso segundo del Código Procesal Penal, puede apelar conforme a las reglas generales.

En este sentido, el artículo 149 inciso segundo del Código Procesal Penal dispone: «Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, en las leyes N°17.798 y N°20.000 y de los delitos de castración, mutilaciones y lesiones contra miembros de Carabineros, de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería de Chile, en el ejercicio de sus funciones, el imputado que hubiere sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido o se encontrare en prisión preventiva no podrá ser puesto en libertad mientras no se encontrare ejecutoriada la resolución que negare, sustituyere o revocare la prisión preventiva. El recurso de apelación contra esta resolución deberá interponerse en la misma audiencia, gozará de

preferencia para su vista y fallo y será agregado extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso al Tribunal de Alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil. Cada Corte de Apelaciones deberá establecer una sala de turno que conozca estas apelaciones en días feriados».

**TERCERO:** Que, la finalidad del precepto citado, en cuanto a la apelación verbal, dice relación con evitar que el imputado sea puesto en libertad mientras no se resuelva la apelación, pero de ello no se sigue como consecuencia que precluya el derecho del persecutor de recurrir en conformidad a las reglas generales, por lo que debe rechazarse el presente recurso de hecho amén de lo cual se debe tenerse presente que uno de los delitos concernidos en la formalización no es de aquellos que contempla la norma del artículo 149 citado.

Por lo expuesto, normas citadas, y visto además lo dispuesto en los artículos 149, 352, 369, 370 y 371 del Código Procesal Penal y 203 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara que se **RECHAZA** el recurso de hecho interpuesto por el Defensor Penal Público mapuche, don Eugenio Eduardo Díaz Acuña, en causa RUC 1810039037-6, RIT No 741-2018 del Juzgado de Garantía de Mariquina, en contra de la resolución de fecha 17 de octubre de 2018, que concedió el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía en contra de la resolución pronunciada en audiencia el día 10 de octubre de 2018.

Agréguese copia de la presente resolución a los autos **793-2018 PENAL**.

Regístrese, comuníquese y archívese, en su oportunidad.

**N°Penal-796-2018.**

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 8054-2017.

**Ruc:** 1701217185-4.

**Delito:** Robo en lugar habitado.

**Defensor:** Pablo Ardouin Bórquez.

**34.- Acoge recurso de apelación contra sentencia del Juzgado de Garantía de Valdivia que condena en procedimiento abreviado a la pena de cinco años y un día a imputado por el delito de robo en lugar habitado; aun cuando la defensa solicita rebaja de grado en la pena, lo que es estimado por no procedente por ser ésta una facultad exclusiva del persecutor. (CA Valdivia 20.11.2018 rol 8054-2017)**

**Normas asociadas:** CPP art.406; CPP art. 407; CP art.12 N°16; CP art.449

**Tema:** Recursos; Procedimientos especiales; Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal; Delitos contra la propiedad.

**Descriptor:** Recurso de apelación; Procedimiento abreviado; Non bis in ídem; Rebaja en grados de penalidad.

**Magistrados:** Mario Julio Kompatzki Contreras; Samuel David Muñoz Weisz; María Soledad Piñeiro Fuenzalida.

**SINTESIS:** El Juzgado de Garantía de Valdivia en procedimiento abreviado condena a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo a imputado por el delito de robo en lugar habitado, la pena impuesta es la misma solicitada por el Ministerio Público en consideración a la existencia de una circunstancia agravante que fue impugnada por la defensa por vulneración al *non bis in ídem*, por lo tanto el tribunal establece la no concurrencia de la agravante, pero estimó que rebajar en grado la pena no era procedente, por ser ésta una facultad exclusiva del persecutor. Ante esto la defensa recurre argumentando que conforme a derecho corresponde rebajar la pena desde los 5 años y un día, señalando que sostener que la determinación del quantum de la pena y normas aplicables quedan al arbitrio del persecutor penal, significa desconocer la facultad que tiene el juez de controlar los actos del Ministerio Público y la correcta interpretación que debe realizarse de las normas penales. Por lo que se confirma la sentencia con declaración que la pena impuesta es la de cuatro años de presidio menor en su grado máximo. (Considerandos: 1 y 2).

#### **TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, veinte de noviembre de dos mil dieciocho.

#### **VISTO:**

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los fundamentos relativos a la determinación de la pena, que se eliminan. Y se tiene, además, presente:

El abogado Pablo Ardouin Bórquez, en representación de E. G. F. dedujo recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva dictada en procedimiento abreviado el 1 de octubre del año 2018, en la que se condenó a su representado a la sanción de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de robo en lugar habitado, solicitando que la resolución impugnada sea enmendada con arreglo a revocándose la sentencia condenatoria en lo relativo a la pena impuesta a su representado. Fundó su petición en que el 01 de octubre del presente año, se llevó a efecto audiencia de procedimiento abreviado, en la que el Ministerio Público ofreció a su representado someterse a un procedimiento abreviado, en conformidad a lo previsto en los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal, lo que fue consentido por el Sr. Grandon en la audiencia de preparación de juicio oral, en ese evento el Ministerio Público señaló su oferta de pena en 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, señalando que concurría la agravante de responsabilidad penal, la del artículo 12 N°16 del Código Penal, y que realizaría la rebaja en grado prevista en el artículo 407 inciso cuarto del Código Procesal Penal, al entender aplicable el artículo 449 en su numeral segundo. La defensa impetró la no concurrencia de la agravante del artículo 12

N° 16 por infracción al principio non bis in ídem. El tribunal dio lugar al procedimiento abreviado, estableciendo la no concurrencia de la circunstancia modificatoria alegada, pero estimó que la rebaja en grado no era procedente por ser solo una facultad del persecutor. El recurrente estima que conforme a derecho resulta procedente la rebaja de pena en grado. Así señaló que el Ministerio Público hizo en su ofrecimiento una rebaja de pena de acuerdo a lo que establece el artículo 449 del Código Penal, rebajándola desde el máximum hasta la pena de cinco años y un día. 2. Por su parte lo que discute es el punto desde donde se realizaba aquella rebaja, es decir desde el máximum del grado como sostuvo el persecutor, o si desde los cinco años y un día, al no concurrir circunstancias modificatorias. Estimando que, por no concurrir la agravante invocada por el Ministerio público, tal como lo concluyó el juez del grado, el punto de partida de la rebaja no es de acuerdo a la regla del artículo 449 N°2, sino que debe volverse a la regla general que es del 407 inciso cuarto, en relación al artículo 449 N°1 del Código Penal. En consecuencia, la pena a imponer debió ser 4 años de presidio menor en su grado máximum.

Agregó que entender que la determinación del quantum de la pena y normas aplicables, quedan arbitrio del persecutor penal, implica desconocer la facultad que tiene el juzgador de controlar los actos del Ministerio Público y la correcta interpretación que debe realizarse de las normas penales. En ese orden de ideas, estimado que la sentencia causa agravio pues de haber razonado acorde a derecho, el Juez a quo, habría impuesto una pena inferior a la establecida por lo que solicita, se revoque la sentencia condenatoria en cuanto no dio lugar a la rebaja en grado de la pena impuesta, y en definitiva, se condene a su representado E. G. F. a la pena de 4 años de presidio menor en su grado máximum. En la audiencia de rigor, la defensa representada por el abogado don Mauricio Aguilera, sostuvo la apelación en iguales términos. Por el Ministerio Público compareció la abogada doña Andrea Paredes afirmando que el artículo 407 del Código Procesal Penal faculta al Fiscal rebajar la pena en máximum un grado, en la especie la pena pedida al inicio fue de 7 años y 184 días, la que fue rebajada, dentro del grado, a 5 años y un día. En apoyo de sus alegaciones, invocó sentencia de esta Corte rol 607-17.

#### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que la discusión se ha centrado en puntos de derecho, esto es la determinación de la sanción, específicamente la facultad del juez para rebajar la pretensión punitiva del persecutor penal en contexto de un procedimiento abreviado.

**SEGUNDO:** El artículo 407 del Código Procesal Penal, establece reglas que permiten adecuar la acusación fiscal o del querellante a fin de proceder de forma abreviada, fórmula que favorece la aceptación de los hechos de la acusación por parte del acusado. La modificación de la determinación de penas de acuerdo a los nuevos artículos 449 y 449 bis del Código Penal, obligó la incorporación de actual inciso cuarto de artículo en comento, el que señala *“Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, respecto de los delitos señalados en el artículo 449 del Código Penal, si el imputado acepta expresamente los hechos y los antecedentes de la investigación en que se fundare un procedimiento abreviado, el fiscal o el querellante, según sea el caso, podrá solicitar una pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley, debiendo considerar previamente lo establecido en las reglas 1a o 2a de ese artículo.”*.

Si bien de una lectura inicial es posible desprender que solo el fiscal o querellante pueden pedir la rebaja de sanción, limitando al juez a tal petición, no es posible desatender el contexto en que se contiene tal regla, un procedimiento abreviado. En efecto, el legislador estableció esta forma de proceder facilitando la tarea del persecutor promoviendo el reconocimiento de los hechos y los antecedentes por el acusado, a cambio de una más favorable prospección punitiva, por esa misma razón permite la adecuación de la acusación y de la pena, llegando incluso a tenerla por no modificada si el acuerdo no prospera. Igual razón explica el debilitamiento de la estricta regla impuesta en los artículos 449 y 449 bis del Código Penal, precisamente permitiendo la rebaja de la sanción en un grado al mínimo legal. En ese sentido, no parece lógico que, además, se impida al juez evaluar la posibilidad de tal rebaja, regla general en la determinación de penas, máxime cuando en la especie no prosperó la petición de agravante que razonablemente sostenía la pretensión punitiva fiscal. En ese contexto, resulta razonable la petición de la defensa, fundada no sólo en la aceptación del procedimiento abreviado por parte de su representado, sino también en la ausencia de agravantes. Y visto, además lo dispuesto en el artículo 414 y 364 y siguientes del Código Procesal Penal, **se confirma** la sentencia de uno de octubre de dos mil dieciocho, **con declaración** que la pena impuesta al acusado Eric Leandro Grandón Flores es de cuatro años de presidio menor en grado máximo más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, manteniéndose en los demás.

Adoptada con el **voto en contra** del Ministro Mario Julio Kompatzki Contreras quien estuvo por confirmar la sentencia en alzada, conforme a sus propios fundamentos y en atención a que dicha materia ya fue resuelta en fallos anteriores de la misma manera y antecedentes de que se trata en el caso de autos, y en especial por que la normativa que rige la materia es absolutamente clara y nítida en cuanto a la facultad de rebajar el grado en cuestión, sólo compete dicha facultad, exclusiva y excluyentemente al Ministerio Público y a la parte querellante y, de ninguna manera, autoriza la ley para que el Juez respectivo realice una facultad que legalmente le queda vedada por el ordenamiento jurídico.

Redacción a cargo de la Ministra Titular doña María Soledad Piñeiro Fuenzalida y del voto en contra su autor. Regístrese y comuníquese.

NºPenal-773-2018.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 4656-2011.

**Ruc:** 1100955662-3.

**Delito:** Robo en lugar habitado o destinado a la habitación.

**Defensor:** Marcela Tapia Silva.

**35.- Se acoge el recurso de amparo y se dispone que el Alcaide y el Tribunal de Conducta del Centro de Estudios y Trabajos de Gendarmería deberá restituir la conducta del interno, deberá remitir el informe para que el amparado postule al beneficio de libertad condicional (CA De Valdivia 22.11.2018 rol 79-2018).**

**Normas asociadas:** CPR. Art. 21, DL N° 2442.

**Tema:** Recursos; Ley de medidas alternativas a la privación/restricción de libertad.

**Descriptor:** Acciones constitucionales; Beneficios intra-penitenciarios; Constitución política; Perjuicio; Recurso de amparo.

**Magistrados:** Juan Ignacio Correa Rosado, Marcia Carmen Undurraga Jensen y María Heliana De Los Ángeles del Río.

**SÍNTESIS:** Defensora interpone acción constitucional de amparo en contra del Alcaide y Tribunal de Conducta del Centro de Estudios y Trabajos de Gendarmería de Chile por actuaciones ilegales y arbitrarias en perjuicio de imputado quien habiendo sido favorecido por amparo obtuvo sanciones mal aplicadas que cercenaron las posibilidades de que el interno postulara al beneficio de libertad condicional, en circunstancias que cumplía con todos los requisitos legales para ello, destacando incluso las calificaciones de su conducta como “buena” y “muy buena”, y recalificadas por el Tribunal de Conducta a “regular”. En atención a la anterior, se colige que el interno fue perjudicado por dicho Tribunal a pesar de tener una sentencia favorable, se le negó la posibilidad de remitir sus antecedentes a la Comisión de Libertad Condicional lo que ha significado una privación de su derecho a ser oído. Esta Corte acoge el recurso de amparo sosteniendo que la parte recurrida deberá restituir la conducta al interno y remitir el expediente para la postulación del amparado al beneficio de libertad condicional (considerando 4).

#### **TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, veintidós de noviembre de dos mil dieciocho.

#### **VISTOS:**

Comparece doña Marcela Tapia Silva, C.I. 13.635.464-7 Abogada, Defensora Penal Pública Penitenciara, domiciliada en Carlos Anwandter 635 Valdivia, por el condenado C.M.P., quién actualmente cumple condena en el Centro de Estudios y Trabajos del CET Valdivia,

en favor del cual se ejerce Acción Constitucional de Amparo en contra del Alcaide y Tribunal de Conducta del Centro de Estudios y Trabajos de Gendarmería de Chile, pues en virtud de una actuación ilegal y arbitraria, el Tribunal de Conducta de dicho centro carcelario, bajó la conducta de su representado en los meses Marzo-Abril, Mayo-Junio, a pesar de que esta Ilustrísima Corte, en su oportunidad, acogió amparo a favor del interno, por sanción mal aplicada. Esta baja en la conducta, obedeció a la sanción que la Corte dejó sin efecto, perjudicando el derecho del interno de ser postulado a la libertad condicional, en circunstancias que cumplía con todos los requisitos legales para ello. Como consecuencia de este actuar, el interno no fue incorporado en las listas de postulantes a la libertad condicional del segundo semestre de este año, por lo que solicito se sirva acoger la acción constitucional, ordene al Tribunal de Conducta corregir la conducta del interno, y enviar todos los antecedentes de postulación de C.M.P., para que la Comisión de Libertad Condicional, se reúna extraordinariamente y revise la situación de C.M.. Indica que su representado se encuentra cumpliendo condena en el Centro de Estudios y Trabajos de Valdivia, de once años presidio mayor en su grado medio, por el delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación, en causa RUC: 1100955662-3, RIT: 4656-2011, Juzgado de Garantía de Valdivia. De acuerdo a la información entregada por la Sección de Estadística contenida en la Ficha Única del Condenado, su representado registra como fecha de inicio de condena el día 1 de febrero de 2013, estimándose como fecha de término el 19 de abril de 2024. Conforme a lo anterior, el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional se verificó el día 21 de julio de 2018. La conducta del interno durante su vida intrapenitenciaria es la siguiente: septiembre- octubre de 2017: muy buena, noviembre-diciembre 2017: muy buena, enero-febrero 2018: muy buena, marzo-abril 2018: regular, mayo-junio 2018: buena, julio-agosto: muy buena. Durante el mes de abril de 2018 el interno fue sancionado por la administración penitenciaria con la sanción de 5 días de internación en celda solitaria por la falta del artículo 78 letra i) y artículo 79 letra b) y fue llevado a cumplir el saldo de su condena al Complejo Penitenciario de Valdivia. El Juzgado de Garantía de Valdivia, aprueba la sanción, sin embargo, esta Corte de Apelaciones en la causa Rol: 29-2018, deja sin efecto la sanción porque no se cumplieron con las exigencias de un debido proceso y por tanto, ordenó, que los internos involucrados (entre los que estaba su representado), sean devueltos al Centro de Estudios y Trabajos. Por tanto, esta sanción quedó sin efecto, como todas las consecuencias derivadas de del hecho. Con posterioridad, y como resultado de estos acontecimientos, el Tribunal de conducta, a pesar de que la sanción había sido dejada sin efecto, baja la conducta de su representado en dos grados y la califican como regular. La defensa interpuso un recurso de reconsideración administrativa, con fecha 13 de agosto de 2018, el que nunca fue respondido formalmente por el Tribunal de Conducta, a pesar de tratarse de una actuación administrativa, siendo deber de la administración dar respuesta formal a lo que es un recurso administrativo, porque así lo dispone la Ley N° 19880, que establece Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Por lo que, a falta de respuesta formal, solicitó por correo electrónico alguna respuesta y me indican que: “el usuario consultado Mera Pinares ha retomado su conducta, calificando este bimestre con Muy Buena y además se le otorgó el permiso de salida Trimestral. Todo esto realizado con fecha 03.09.2018. Es decir, no se respondió a la reconsideración que esta

defensa solicitaba de modificar la conducta Regular y restablecerla a Muy Buena, es decir, no consideraron nada de lo solicitado y mantuvieron la conducta Regular, lo que significó que el interno tuviera que conseguir subir esa conducta a Buena y luego a Muy Buena, con el consiguiente perjuicio. Que solicitada el acta del Tribunal de Conducta al Alcaide, a través de funcionario coordinador penitenciario, esta no ha sido entregada, solo se indica en forma verbal que la baja de conducta obedece a la sanción que en su momento se declaró nula. En atención a lo anterior, el interno quién tenía la conducta en Muy Buena, fue perjudicado por el Tribunal de Conducta, a pesar de que la sanción había quedado sin efecto. Este acto ilegal y arbitrario, implicó que el interno, con posterioridad no pudiera ser postulado a la libertad condicional. Hace presente, que el interno no fue objeto de sanciones posteriores, por tanto cumplía a cabalidad con todos los requisitos legales y reglamentarios fijados por el Decreto Ley 321 y su Reglamento. En consecuencia, el interno debió ser postulado a la libertad condicional en el mes de octubre de 2018. Sin embargo, Gendarmería no lo postuló, perjudicando el derecho del interno de optar a la libertad condicional. Por lo expuesto, pide concretamente restablecer el imperio del derecho ordenar al tribunal de conducta, restituir la conducta del interno C.M. A Muy Buena. Esto en el período marzo-abril 2018: calificado como regular, mayo-junio 2018: calificado de buena, por carecer la resolución del tribunal de conducta de fundamentación y de proporcionalidad a la luz de la decisión que la propia Corte había tomado en causa Rol: 29-2018, en el que se deja sin efecto sanción. Como consecuencia de lo anterior, ordenar al CET remitir todo el expediente del interno, para postulación a libertad condicional, de forma tal que la Comisión de Libertad Condicional, pueda reunirse extemporáneamente para decidir la situación del interno. Que evacuando el informe don Alberto Barra Carrasco, Teniente Segundo, Jefe del CET Valdivia, señala que en cuanto al Tribunal de Conducta del CET dicho Tribunal autónomo, es a quién le corresponde exclusivamente la calificación de la conducta de los internos, debiendo estar conformado según lo dispone el Decreto Ley N° 2442, por lo menos del Alcaide, Jefe de la sección de escuela, jefe de la sección trabajo, paramédico, jefe de guardia interna, asistente social y psicólogo, siendo la decisión de la nota o conducta una decisión acordada por todos sus integrantes, no solo por el Jefe del CET. No obstante lo anterior, y tiendo a la vista la sentencia de fecha 19 de abril de 2018, en causa rol 29-201, de ltma. Corte de Apelaciones de Valdivia en su fallo solo dispone dejar sin efecto la sanción, más en ninguna parte de la misma, ordena restituir la conducta del amparado Mera Pinares a la que tenía antes de la sanción. En cuanto al recurso de reconsideración presentada por la Defensora Penal, efectivamente no fue contestado formalmente por el Tribunal de Conducta por haberse traspapelado. Indica que Gendarmería, Región de Los Ríos, no ha cometido acto arbitrario que hubiese perturbado, amenazado la seguridad personal del amparado, por cuanto el ente autónomo Tribunal de Conducta del CET de Valdivia, por mayoría de votos fue quien rebajó la conducta del amparado. Por lo expuesto, solicita se rechace el presente recurso en todas sus partes y ratifique el hecho que Gendarmería de Chile ha actuado en pleno ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias, y con estricto apego a las formas consagradas en la Constitución Política de la República, respetando plenamente el estado de derecho que nos rige. Considerando: Primero: Que el recurso de amparo, previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, es una acción constitucional, cuyo propósito consiste en obtener de los Tribunales Superiores de Justicia, una tutela eficaz y

eficiente para salvaguardar la integridad del derecho que la doctrina ha denominado libertad individual, para evitar una afectación antijurídica del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual de cualquier persona, siendo precisamente la antijuridicidad de la conducta el comportamiento que la acción constitucional referida intenta solucionar o revertir. Segundo: Que, consta en los antecedentes tenidos a la vista, que con fecha diecinueve de abril del presente año, en causa rol 29-2018. Amparo, La Corte acogió la acción constitucional y se ordenó dejar sin efecto la resolución de cinco de abril de dos mil dieciocho, que aprobó una sanción impuesta al recurrente. Sin embargo del informe evacuado por la recurrente, queda establecido que la calificación de la conducta de “regular” del condenado en la época Marzo-Abril, como la calificación de “buena” en el periodo Mayo-Junio, se debió únicamente a la imposición de la sanción que se ordenó dejar sin efecto. Tercero: Que la parte recurrida ha señalado que lo expuesto se debió a que el Tribunal de Conducta del CET es un ente autónomo, a quién le corresponde exclusivamente la calificación de la conducta de los internos, debiendo estar conformado según lo dispone el Decreto Ley N° 2442 y que la sentencia que ya se ha señalado sólo dispuso que se dejaba sin efecto la sanción, sin embargo, en ninguna parte de ésta se ordena restituir la conducta al amparado a la que tenía antes de ocurrir los hechos. Cuarto: Que al respecto, del informe evacuado por la recurrente, no se vislumbra razón alguna para la calificación de la conducta de “regular” del condenado en la época Marzo-Abril, como tampoco de la calificación de “buena” en el periodo Mayo-Junio de 2018, que no sea la imposición de la sanción que se ordenó dejar sin efecto. Más aún, cuando de la respuesta de la recurrida se puede concluir, que no entendió como necesario, que además de la sanción, se debía dejar sin efecto, las consecuencias que de ésta se derivaban para el condenado. Que así las cosas, la calificación de la conducta del condenado, no tiene actualmente una justificación que permita sostenerla en el tiempo. Quinto: Que a lo anterior debe sumarse el hecho de que requerida la reconsideración de la mantención de la medida por la defensa del condenado, la entidad recurrida, omitió pronunciamiento, por un hecho que no reviste justificación legal alguna. Sexto: Que de lo anterior resulta, que mediante este acto de la recurrida, se ha privado al recurrente de la posibilidad de ser analizada su situación por el órgano que debía remitir los antecedentes a la Comisión de Libertad Condicional, lo que ha significado, una privación de su derecho a ser oído y revisada su situación de acuerdo a la normativa vigente. Con lo anterior, se han mantenido las condiciones del acto que esta Corte consideró vulneratorio respecto del amparado, mediante resolución firme dictada con fecha 19 de abril de 2018, el recuso rol 29-2018, no cumpliéndose con el sentido y alcance que la resolución de esta Corte le dio como instrucción a la recurrida. Y visto además lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se ACOGE el recurso de amparo interpuesto por Marcela Tapia a favor de C.M.P.y se dispone: 1.- La parte recurrida deberá restituir la conducta del interno C.M.P.en los periodos Marzo-Abril, Mayo-Junio de 2018 mencionados en el cuerpo del éste fallo. 2.- Hecho aquello deberá remitir el expediente respectivo para la postulación del amparado al beneficio de libertad condicional. 3.- Recibidos estos antecedentes deberá reunirse la Comisión de Libertad Condicional del segundo semestre de este año a la brevedad.

Redacción de la Ministra Sra. Marcia Undurraga Jensen

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 1546-2018.

**Ruc:** 1601008403-6.

**Delito:** Uso malicioso de certificado falso.

**Defensor:** Cristóbal Carvajal González.

**36.- Corte de Apelaciones de Valdivia rechaza recurso de nulidad contra sentencia del Juzgado de Garantía de Valdivia en la que se condena a una persona a 61 días de reclusión menor en su grado mínimo por el delito de uso malicioso de certificado público, la defensa recurre por errónea aplicación del derecho. (CA Valdivia 26.11.2018 rol 1546-2018)**

**Normas asociadas:** CPR art.373 b; CPR 385; L18216 art.4; CP art.203; CP art.204.

**Tema:** Recursos; Otras leyes especiales; Interpretación de la ley penal.

**Descriptor:** Falsificación; Remisión condicional de la pena; Defraudación.

**Magistrados:** Marcia Undurraga Jensen; Gloria Hidalgo Álvarez; Claudio Aravena Bustos.

**SINTESIS:** En audiencia de procedimiento simplificado RIT O-1546-2018 el Juzgado de Garantía de Valdivia dicta sentencia condenatoria contra una persona por el delito de uso malicioso de certificado falso, en calidad de autor, condenándolo a la pena de 61 días de reclusión menor en su grado mínimo y multa de dos unidades tributarias mensuales a beneficio fiscal, se le concede al sentenciado la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena. Ante la sentencia la defensa del imputado recurre de nulidad por errónea aplicación del derecho; sosteniendo que las conductas por las cuales fue condenado su representado son atípicas, ya que solo son sancionadas en el derecho administrativo, toda vez que la norma invocada para calificar jurídicamente los hechos exige que el documento falsificado sea otorgado por un funcionario público y no por particulares como sería el caso. La Corte rechaza el recurso arguyendo que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos es la seguridad del tráfico jurídico en observancia a las funciones que cumplen este tipo de documentos, por lo que la falsificación de instrumento público como privado afecta las funciones de garantía, de perpetuación o de prueba que desempeñan dichos documentos. Entonces no resulta posible razonar como lo hace el recurso toda vez que el mismo artículo 204 comienza describiendo al sujeto activo “el que”, comprensivo de cualquier sujeto con capacidad de cometer el delito y no circunscrito solamente al funcionario público, no siendo posible una interpretación como la que hace la defensa, autónoma del resto del ordenamiento jurídico. (Considerandos: 5; 7; 8; 10).

#### **TEXTO COMPLETO:**

C.A. de Valdivia

Valdivia, veintiséis de noviembre de dos mil dieciocho.

#### **VISTOS:**

Que, el seis de noviembre de dos mil dieciocho, se realizó la audiencia respectiva para conocer del recurso de nulidad deducido en contra de la sentencia de cuatro de octubre de

dos mil dieciocho, dictada en los autos RIT O-1546-2018, R.U.C. 1601008403-6, juicio simplificado, por el Sr. Juez de Garantía de Valdivia, en la que se resolvió lo siguiente:

*I.- Que se condena a don M.S.O., Cédula de Identidad N°13321XXX-X, nacido el 10 de noviembre de 1977, domiciliado en XXXXXXX, XXXXXX N° 132, Valdivia, a sufrir la pena de 61 días de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 2 unidades tributarias mensuales a beneficio fiscal, accesorias de suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, por su responsabilidad como autor del delito de uso malicioso de certificado falso, previsto y sancionado en artículo 204 en relación al artículo 203 del Código Penal, ejecutado en la comuna de Valdivia, en perjuicio del Ministerio de Vivienda y Urbanismo el día 22 de junio del año 2016.*

*II.- Que reuniéndose en la especie los requisitos establecidos en el artículo 4° de la ley 18.216, se concede al sentenciado M.S.O. la pena sustitutiva de la remisión condicional de la pena, debiendo someterse a la observación y vigilancia de la autoridad de Gendarmería de Chile, C.R.S. de Valdivia, por el término de un año. En el evento que esta pena sustitutiva fuese revocada, no hay abonos que considerar en esta causa.*

*El sentenciado deberá presentarse a dar cumplimiento a la pena sustitutiva dentro de quinto día de ejecutoriado el presente fallo, ante el Centro de Reinserción Social de Valdivia, bajo apercibimiento de que si así no lo hace, será dictada una orden de detención en su contra para efectos de una eventual exploración de revocación de la pena sustitutiva.*

*III.- Que acogiendo la solicitud de la defensa y en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 y 70 del Código Penal, se autoriza el pago de la multa impuesta en cuatro cuotas mensuales, iguales y sucesivas, debiendo pagar la primera de ellas dentro de los cinco primeros días de cada mes, comenzando en el mes siguiente al que este fallo quede ejecutoriado y así sucesivamente. Se hace presente que el no pago de una sola de las parcialidades hará exigible el total de la multa adeudada.*

*IV.- Si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa impuesta, sufrirá por vía sustitución y apremio la pena de reclusión, regulándose un día por cada tercio de unidad tributaria mensual.*

*V.- Que se exige al sentenciado del pago de las costas de la causa.*

*VI.- Que, habiéndose concedido una de las penas sustitutivas de la ley 18.216, se ordena aplicar 38 del mismo cuerpo legal, omitiendo del extracto de filiación y antecedentes del requerido, las anotaciones que dé lugar la presente sentencia, con las excepciones previstas en la misma norma. Ejecutoriado el presente fallo, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.”(sic).*

La defensa del condenado, el abogado defensor privado, don Cristóbal Carvajal González, interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia referida, denunciando el vicio contenido en el artículo **373 letra b)** del Código Procesal Penal, esto es: **“b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”**, en relación con el artículo 385 del mismo Código, esto es, que el fallo hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerará tal. Sostiene, en resumen, la recurrente, que Juez de Garantía ha incurrido en una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que las conductas por la que fue condenado su representado son atípicas, que sólo son sancionadas por el derecho administrativo, y que por tanto, no procede la imposición de un reproche penal, porque su ejecución no se encuentra contemplada por ninguna norma punitiva penal.

Desarrollando su recurso, se refiere a los hechos de la causa, para a continuación referirse al derecho, respecto de cual indica que en la sentencia se han aplicado erróneamente los artículos 203 y 204 del Código Penal, en relación con el artículo 15 N° 1 y artículo 30 del mismo Código, al valorar el tribunal los hechos que fueron desplegados por su representado como constitutivos del delito del artículo 204 del Código Penal, y que esta errónea

valoración y aplicación del Derecho ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al dictar el Juez de Garantía una sentencia condenatoria aplicando una pena a su representado, cuando una correcta aplicación del Derecho, llevaría a su absolución.

Reproduce el tenor de los artículos 203 y 204 del Código Penal, y agrega, que los hechos desplegados por su representado y por los cuales fue formalizado y condenado, escapan a las normas transcritas, y son derechamente atípicos, por los siguientes fundamentos:

*“1-. La norma exige que el documento falsificado sea otorgado por funcionario público: Así lo indica el tenor literal del art. 203 CP al iniciar el respectivo artículo, al señalar que estos certificados deben ser otorgados por funcionarios públicos, y no por particulares. La norma en su tenor literal no contempla la posibilidad que los documentos indicados sean otorgados por particulares, como lo son las personas que trabajan en el Banco Santander.*

*En este sentido se pronuncia el profesor Alfredo Etcheberry: “Estos documentos, por su naturaleza, constituyen documentos privados, y ha sido necesario reglamentar separadamente estas situaciones, ya que entregadas a las reglas generales, serían impunes; se ha explicado que las falsedades punibles en documentos privados son de carácter material y no ideológico, como son éstas”.*

*(Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal Parte Especial, Editorial Jurídica, tomo IV, P.182). Prosigue en este sentido “Los documentos mencionados en el Art. 203, aunque son expedidos por funcionarios públicos, constituyen documentos privados, porque en ellos no se certifican hechos determinados, sino opiniones, o situaciones generales muy vagas y subjetivas. Pero si dicho funcionario certifica en relación con ellas hechos falsos, y se trata del funcionario encargado por la ley de certificarlos con exactitud, debe sancionársele en virtud del Art.193 y no por el Art. 203”. (Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal Parte Especial, Editorial Jurídica, tomo IV, P.182).*

*Así, la referencia que realiza el art. 204 se refiere a la clase de documentos indicados en el art. 203 CP, esto es, los documentos otorgados sólo por funcionarios públicos. Por otro lado el art. 204 si permite que un particular perpetre el delito (“el que”), pero una interpretación armónica nos indica que la clase de documentos que se deben falsificar son los otorgados por funcionarios públicos que no sean instrumentos públicos. Esto es, a fin de resguardar la actividad de los funcionarios públicos y no existan lagunas de impunidad, se sanciona también los instrumentos privados que otorguen en el ejercicio de sus funciones, esto es, de los certificados que acrediten las situaciones descritas en el art. 203 CP. Estimamos que norma no trata de proteger las actividades desplegadas por particulares, atendida su tenor literal, y a la cita ya indicada del profesor Etcheberry. Por lo tanto, al pretender el tribunal abarcar la conducta del particular en este tipo penal, se está aplicando por analogía a las conductas desplegadas por mi representado, que dice relación con certificados otorgados por instituciones privadas, no por funcionarios públicos, y se están homologando las conductas, indicando que deben tener el mismo reproche penal, por lo que esta defensa estima que podría existir una vulneración al principio de prohibición de analogía del Derecho Penal.*

*2-. Falsificación de instrumento público y falta de perjuicio: De acuerdo con el punto primero, al no ser abarcado la conducta de mi representado por los art. 203 y 204 del CP, al ser de un privado el documento que ha sido falsificado y usado, por lo tanto es un instrumento privado, podríamos encontrarnos hipotéticamente en el caso de falsificación o uso malicioso de instrumento privado del art. 196 y 197 del CP respectivamente. Sin embargo, nos puede dar un indicio del motivo por el cual el Ministerio Público no formalizó a mi representado por este delito, ya que con la actividad desplegada no existió perjuicio alguno al Estado, ya que lo que se buscaba sólo era constar en un registro y no recibir dinero directamente por parte de este. Es más, existía la posibilidad que mi representado estuviera en el Registro, pero que en ningún caso ganara un concurso, lo que no causaría ningún tipo de perjuicio al erario estatal.*

Concretamente en este caso concreto, con la actividad realizada por mi representado no existió perjuicio ya que su acción fue advertida inmediatamente por parte del MINVU, y si no hubiera sido advertida, esto es, hubiera logrado su propósito, tampoco existiría un perjuicio con su acción, ya que estos documentos sólo lo habilitaban para estar en el registro, no para recibir dinero. No se hará una extensa exposición sobre el requisito de los art. 196 y 197 del CP de la existencia del perjuicio para su castigo, por el expreso tenor literal de la norma, ya que es un tema conocido por la jurisprudencia. Por otro lado, el Ministerio Público no formalizó a mí representado por este delito, por lo que sólo es suficiente indicar que tampoco nos encontramos en los tipos del art. 196 y 197 CP, porque derechamente no existió perjuicio en la víctima.

3-. Existe una sanción administrativa: No es intención de esta defensa que su representado no tenga ningún tipo de consecuencia por la conducta desplegada, sino que, es que este es un asunto de competencia del derecho administrativo sancionador, donde ya le fue impuesta una sanción no menor, esto es, que durante el lapso de 5 años se encuentre privado de ser parte del Registro Nacional de Contratistas del MINVU.

Por lo que estos hechos sí son constitutivos de una infracción administrativa, y de la cual el derecho administrativo sancionador ya se ha hecho cargo.”(sic).

Concluye indicando de lo expuesto se aprecia que se aplicaron erróneamente los art. 203 y 204 del Código Penal, en relación con el art. 15 N° 1 y art. 30 del mismo Código, al valorar el tribunal los hechos que fueron desplegados por su representado como constitutivos del delito contemplado en el art. 204 del CP en relación con el art. 203 CP, y que esta errónea valoración y aplicación del Derecho ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al dictar el Juez de Garantía una sentencia condenatoria aplicando una pena a su representado, cuando una correcta aplicación del Derecho, llevaría a la absolución de su representado.

Finalmente solicita que de acuerdo con lo expuesto mediante el presente recurso y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, ya que se ha calificado de delito un hecho que la ley no considera como tal, que se haga lugar al recurso impetrado, se anule la sentencia recurrida, y dicte, sin nueva audiencia pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, esto es, que se absuelva a su representado. Se declaró admisible el recurso y se fijó día y hora para el conocimiento del mismo. Concurrieron a alegar en la audiencia, por la parte recurrente, el abogado Cristóbal Carvajal Olavarría y por el Ministerio Público la abogada Carola Vhymeister Sánchez, argumentado cada uno en favor de sus pretensiones.

#### **OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y TENIENDO PRESENTE:**

**PRIMERO:** Por recurso de nulidad debemos entender: “*un recurso extraordinario que se interpone por la parte agraviada por una sentencia definitiva dictada en procedimiento ordinario, simplificado o de acción penal privada, ante el tribunal que la dictó, con el objeto de que el superior jerárquico que sea competente, en conformidad a la ley, invalide el juicio oral y la sentencia, o solamente esta última, cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes o cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido en lo dispositivo del fallo.*”.

**SEGUNDO:** Que el recurso de nulidad estructurado en el Código Procesal Penal, según sea la causal invocada, tiene por objeto o asegurar el respeto a las garantías y derechos fundamentales, las comprendidas en los artículos 373 letra a) y 374 o bien, conseguir sentencias ajustada a derecho, artículo 373 letra b).

**TERCERO:** El presente recurso se deduce el recurso invocando la causal del artículo 373 letra b) del mismo Código que señala: “Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: b) Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, precisando la defensa que el error se configura por la circunstancia de aplicar el artículo 204 en relación con el artículo 203, ambos de Código Penal, y sancionar como delito una conducta atípica.

**CUARTO:** Que, como lo ha sostenido anteriormente esta Corte, *“el error de derecho o la infracción de ley con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo”... puede ocurrir de las siguientes formas: contraviniéndola formalmente, interpretándola erróneamente o haciendo una falsa aplicación de ella (Casarino Viterbo, Mario, Manual de Derecho Procesal, Tomo IV, pág. 351); “Se contraviene su texto formal si la sentencia impugnada está en oposición directa al texto expreso de la ley (...) se interpreta erróneamente la ley cuando el juez, al aplicarla al caso del que está conociendo, le da un sentido o alcance diverso al que le haya señalado el legislador.” Y existe una falsa aplicación de la ley “cuando el juez la aplica a una situación no prevista por el legislador, o bien, deja de aplicarla a un caso ya reglado” (Benavente Gorroño, Darío, Derecho Procesal Civil, pág. 223 y 224).*

**QUINTO:** Que, los hechos acreditados en la causa son los siguientes: Que el imputado MAX EDUARDO SCHENCKE OLAVARRÍA, falsificó un certificado bancario que consignaba la fecha 10 de marzo de 2016 y que daba cuenta de su situación financiera. Este documento falso fue emitido con la firma de Valesca Martínez Muñoz, ejecutiva de banca de personas del Banco Santander Chile, quien no se desempeñaba en dicha institución bancaria a la fecha de emisión del mismo, constando así su falsedad. Con dicho certificado falso, el imputado concurrió el día 22 de junio de 2016 a las dependencias del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, ubicado en General Lagos 1356 de Valdivia, presentando este certificado con la finalidad de obtener una actualización de sus antecedentes ante el registro de contratistas del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. La maniobra antes señalada tenía como fin de acreditar una mayor capacidad económica, y así concursar por licitaciones de mayor valor.

**SEXTO:** La sentencia recurrida indica que los hechos antes descritos, son sancionados en el artículo 204 en relación con el artículo 203, ambos del Código Penal. En efecto, el artículo 204 señala: *“El que falsificare un documento de la clase designada en los dos artículos anteriores, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Esta disposición es aplicable al que maliciosamente usare, con el mismo fin, de los documentos falsos.”* A su vez el artículo 203, del texto legal citado, dispone que: *“El empleado público que librare certificación falsa de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza, o de otras circunstancias semejantes de recomendación, incurrirá en una multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.*

**SÉPTIMO:** Como lo ha sostenido la doctrina dominante considera que el bien jurídico protegido en los delitos falsarios es, genéricamente, la seguridad del tráfico jurídico. Dicha noción, si bien supera la connotación religiosa del concepto de fe pública, sigue siendo tan vaga y abstracta como ella. Específicamente en las falsedades documentales tal vaguedad y abstracción ha hecho necesaria una concreción del interés que está a la base de esos delitos, interés que se identifica con las funciones que desempeñan los documentos en el tráfico jurídico, esto es, garantía, perpetuación y prueba de determinados contenidos. Las funciones que cumplen los documentos en el tráfico jurídico y cuya protección se pretende

con la tipificación de las falsedades documentales se encuentran presentes, de una u otra manera, en la regulación de todas las falsedades documentales del Código Penal. Tanto la falsificación de instrumento público como la falsificación en documento privado afectan las funciones de garantía, de perpetuación o de prueba que desempeñan dichos soportes. Y tal afectación puede referirse a todas esas funciones, o bien, a alguna de ellas en particular.

**OCTAVO:** Que, según aparece de los hechos establecidos en el fallo, no resulta posible razonar como lo hace el recurso en su causal, en el sentido que la conducta desplegada por el acusado resulte atípica y, por consiguiente, impune, en atención a que el tenor del artículo 204, ya citado, comienza describiendo al sujeto activo con la expresión “el que”, comprensivo de cualquier sujeto con capacidad de cometer delito y no circunscrito como lo indica el recurrente solamente al funcionario público. No resulta admisible, entonces, la limitación de sentido que propone la defensa sobre la base de la interpretación del tipo penal como una disposición autárquica, escindida del resto del ordenamiento jurídico.

La conducta descrita puede ser cometida por un particular. Como lo señala el autor Mario Garrido Montt, en su obra “Derecho Penal: Tomo IV. Parte Especial”, Editorial Jurídica de Chile, edición 2000, página 102, que sobre el particular indica: *“El delito puede ser cometido por cualquier persona; de consiguiente es un tipo común, que cualquier particular puede ejecutar, comprendiendo en la expresión al funcionario público que actúa al margen del ámbito de sus funciones, y se consuma con la simple actividad de falsificación, de modo que es un delito formal. Se castigan en esta disposición únicamente falsedades materiales, y no ideológicas”*. Y agrega a continuación: *“El inciso 2° del precepto antes transcrito sanciona con la misma pena que al falsificador, al que usa maliciosamente alguno de los certificados falsos, sea de enfermedad o de recomendación. Aquí se vuelve a exigir, como lo hizo en otras oportunidades, que el agente actué con malicia, limitando al dolo directo el tipo subjetivo. De manera que el autor ha de tener conocimiento cierto que emplea un documento falsificado”*. De modo tal, que el sentenciador correctamente califica como típica la conducta del sentenciado y la sanciona conforme a derecho- artículo 204 del Código Penal.

**NOVENO:** A mayor abundamiento, se debe precisar que el delito por el cual fue condenado el recurrente, no exige resultado o perjuicio, ya que se trata de un delito de peligro abstracto, en el que la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro pues la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador y no un requisito del tipo (Roxin, C. Derecho Penal, Parte General, T. I, Trad. 2a ed. alemana, 1997, pp.336 y 407), no por ello puede dejar de verificarse si el hecho cuya tipicidad se examina tuvo al menos la posibilidad de significar, en la realidad, un riesgo para el objeto jurídico tutelado, puesto que el bien jurídico constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad de las personas cuya función de garantía limita el poder punitivo del Estado, de modo que el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquellas que lesionan o pongan en peligro bienes jurídicos. (Cobo del Rosal-Vives Antón. Derecho Penal, Parte General, 5ª ed., 1999, pp.319 y 324). El principio de “lesividad” -que localiza la esencia del hecho punible en ese efecto primordial de la conducta típica, de necesaria lesión al bien jurídico- se alza así como uno de los limitativos del ius puniendi del Estado y obliga -también en el ámbito del enjuiciamiento- a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada, sobre todo cuando este factor ha sido específicamente considerado para la tipificación y penalización de determinados hechos ilícitos, como el de la especie. A diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, sí requiere una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico como elemento material integrante del tipo del delito. Se trata de exigir, además de

la peligrosidad de la acción, la posibilidad de producción del resultado de peligro, o lo que es lo mismo, el juez ha de verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste. En el presente caso, la acción desplegada por el condenado, si demuestra el peligro potencial de daño o perjuicio para el organismo público ante el cual se presentó el certificado falso.

**DÉCIMO:** Que, en consecuencia, no concurriendo en la especie el vicio de nulidad alegado, el presente recurso deberá ser rechazado. Por estos motivos, y de conformidad además, con lo dispuesto en los artículos 352, 372, 373 letra b), y 384, todos del Código Procesal Penal, **no se hace lugar** al recurso de nulidad interpuesto en contra la sentencia de cuatro de Octubre de dos mil dieciocho, dictada en los autos RIT O-1546-2018, R.U.C. 1601008403-6, juicio simplificado, por el Sr. Juez de Garantía de Valdivia, la cual no es nula.  
Regístrese y comuníquese.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 156-2018.

**Ruc:** 1700872209-9.

**Delito:** Lesiones menos graves – Desacato.

**Defensor:** Felipe Saldivia Ramos.

**37.- Acoge recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho en lo relativo al delito de desacato dictando sentencia de reemplazo, toda vez que el imputado con la víctima se habrían encontrado en la vía pública. En cuanto al delito de lesiones menos graves rechaza confirmando el fallo de primera instancia (CA Valdivia 26.11.2018 rol 808-2018)**

**Normas asociadas:** CPP art.373 b; CP art.296 N°3; CP art.494 N°5; CP art.399; L20066 art.5.

**Tema:** Recursos; Ley de medidas alternativas a la privación/ restricción de libertad; Medidas cautelares.

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Violencia intrafamiliar; Desacato; Lesiones menos graves.

**Magistrados:** Juan Ignacio Correa Rosado; Marcia Undurraga Jensen; Luis Moisés Aedo Mora.

**SINTESIS:** El Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valdivia condena a imputado por los delitos de desacato y de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar a las penas de 541 días de presidio menor en su grado medio y 61 días de presidio menor en su grado mínimo respectivamente. La defensa recurre de nulidad por errónea aplicación del derecho arguyendo que las conductas descritas en el fallo del tribunal no constituirían los delitos imputados a su representado. Respecto al delito de desacato señala que a lo sumo podría tratarse de un incumplimiento formal de la medida cautelar de alejamiento toda vez que el encuentro del imputado con la víctima se habría producido en la vía pública y habría sido casual, por lo tanto no imputable al acusado. En cuanto al delito de lesiones la defensa señala que existiría discordancia entre las lesiones que se tuvieron por acreditadas y la conducta de la víctima. Finalmente la Corte acoge el recurso de nulidad deducido en contra de la sentencia anulándola solo en lo que se refiere al delito de desacato, dictando sentencia de reemplazo. En lo demás se confirma.

#### **TEXTO COMPLETO:**

C.A. de Valdivia

Valdivia, veintiséis de noviembre de dos mil dieciocho.

#### **VISTOS:**

Que el señor Felipe Andrés Saldivia Ramos, abogado defensor penal, por el condenado don José Luis Zenteno Campos, dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia de

ocho de octubre de dos mil dieciocho, pronunciada por la Primera Sala por la Primera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, que declara:

1. *Se absuelve a José Luis Zenteno Campos, cédula de identidad N°15.557.536-0, como autor del delito de amenazas en contexto VIF, establecidas en el artículo 296 N°3 del Código Penal, presuntamente perpetradas en esta ciudad el pasado 19 de septiembre de 2017, en contra de doña Daniela Alejandra Lafquén Mellado.*

2. *Se condena a José Luis Zenteno Campos, cédula de identidad N°15.557.536-0 como autor material de un delito de lesiones menos graves en contexto VIF, consumado, previsto en los artículos 494 N°5 en relación al artículo 399, ambos del Código Penal y a su vez concordados con el artículo 5 de la Ley 20.066, perpetrado en esta ciudad el pasado 19 de septiembre de 2017, en contra de doña Daniela Alejandra Lafquén Mellado.*

3. *Se condena a José Luis Zenteno Campos, cédula de identidad N°15.557.536-0 como autor material de un delito de desacato previsto en el inciso 2° del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, consumado, perpetrado en esta ciudad el pasado 19 de septiembre de 2017, en contra de doña Daniela Alejandra Lafquén Mellado.*

4. *Se imponen al sentenciado las siguientes penas:*

*Por el desacato: quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena. Por las lesiones menos graves en VIF: sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y accesorias especiales de prohibición de porte y tenencia de arma de fuego, por dos años, y asistencia obligatoria a programa terapéutico para abordar el problema de control de impulsos, por un año.*

5. *Cúmplanse las penas en forma efectiva, iniciando por la correspondiente a 541 días de presidio menor en su grado medio. Abonos:*

*326 días por concepto de prisión preventiva (29 días) y arresto domiciliario nocturno de 10 horas (297 días), añádanse tanto más, a razón de conversión de las horas de encierro parcial por día, desde la fecha de esta sentencia hasta el cúmplase e ingreso para el inicio de la primera pena de encierro.*

6. *Queda liberado el condenado por el pago de costas considerando al caso que fue absuelto por el delito de amenazas en contexto VIF.*

*Regístrese. Cúmplase una vez firme a través del tribunal de ejecución. En su oportunidad devuélvase la documentación a quien corresponda.*

Como causal de nulidad invoca la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal que señala: *“Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: b) Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”*. Alega que en la sentencia se hizo una errada aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues las conductas descritas en el fallo del Tribunal a quo no constituyen el delito de desacato ni lesiones; y de haberse interpretado correctamente el derecho se le habría

absuelto de aquellos ilícitos. Deduce el recurso a fin se anule la sentencia, dictando una de reemplazo, absolutoria.

En estrados la defensa del sentenciado reiteró sus planteamientos consignados en el recurso, o sea, la petición de la nulidad de la sentencia y que se dicte sentencia de reemplazo absolutoria. El Ministerio Público se opuso al recurso de nulidad.

**Oídos y teniendo además presente:**

**PRIMERO:** Que el señor Felipe Andrés Saldivia Ramos, abogado defensor penal, por el condenado don José Luis Zenteno Campos, dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia de ocho de octubre de dos mil dieciocho, pronunciada por la Primera Sala por la Primera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, que condena a José Luis Zenteno Campos, como autor material de un delito de lesiones menos graves en contexto VIF y como autor material de un delito de desacato previsto en el inciso 2° del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, como se detalla al inicio. A juicio de la defensa los hechos por los cuales se acusó a su representado no son constitutivos del delito de desacato, a lo sumo podría

tratarse de un incumplimiento formal de una medida cautelar dictada en el proceso RIT 5449-2017 del Juzgado de Garantía de Valdivia, que tiene aparejado consecuencias especificadas en el Código Procesal Penal y que son de carácter procesal. Además, pese a que los hechos se refieren a un eventual delito de lesiones menos graves, la atribución de tal resultado lesivo a la conducta al acusado resulta jurídicamente errada.

**SEGUNDO:** Que durante el desarrollo del juicio oral, el tribunal dio por establecido los siguientes hechos, según se lee en el motivo 8 de la sentencia: *Hechos y circunstancias que se reputan probados: Que ponderadas individual y conjuntamente todas las pruebas de cargo rendidas, este tribunal, por mayoría, concluye probado los siguientes hechos: El día 19 de septiembre de 2017, cerca de las 20.10 horas, Daniela Alejandra Lafquen Mellado se encontraba en la vía pública, calle San Pablo de esta ciudad. En ese momento su ex conviviente José Luis Zenteno Campos le propinó golpes de pie y puño. Producto de la agresión la víctima resultó con contusión tórax, contusión ambos brazos, lesiones de carácter leve. Lo anterior a pesar que el Juzgado de Garantía de esta ciudad con fecha 17 de agosto de 2017 en causa RIT 5449-2017, decretó en contra de Zenteno Campos la medida cautelar prevista en el artículo 92 N° 1 de la Ley N° 19968, consistente en abandono del hogar común y prohibición de acercarse a la víctima, domicilio y trabajo, por el plazo de 90 días, resolución que le fue notificada personalmente en audiencia de misma fecha.*

**TERCERO:** Que en relación al delito de desacato, resulta necesario tener presente que el artículo 18 de la Ley de Violencia Intrafamiliar establece que en caso de incumplimiento de las medidas cautelares, de las medidas accesorias y de las condiciones impuestas en una suspensión del procedimiento, se aplicará lo dispuesto en el artículo 10 de dicha normativa legal: *“En caso de incumplimiento de las medidas cautelares o accesorias decretadas, con excepción de aquellas previstas en la letra d) del artículo 9°, el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso 2o del artículo 240 Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de imponer al infractor, como medida de apremio, arresto hasta por quince días”.* Aquello significa que, en tales circunstancias, se enviarán los antecedentes al Ministerio Público para los efectos de aplicar lo establecido en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil que dispone:

*“Cumplida una resolución, el tribunal tendrá facultad para decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado”.*

*“El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo.”*

Como se observa, la redacción del citado Art. 10 no entrega elementos suficientes para su adecuada interpretación, lo que ha llevado a que existan diversos criterios de aplicación por parte de la judicatura en relación a esta materia.

**CUARTO:** Que iniciada por el Ministerio Público una investigación por hechos que podrían configurar el delito de desacato, corresponde por mandato constitucional y legal, en forma exclusiva al órgano jurisdiccional determinar su existencia del ilícito en base a la prueba existente y los elementos constitutivos de este delito.

**QUINTO:** Que la referencia que se hace en los mismos *hechos que se tuvieron por acreditados* en el fallo recurrido, la prohibición impuesta al acusado como medida cautelar es la de acercamiento, conducta que en este caso no puede apreciarse como acción imputable al acusado, no pudiéndosele atribuir un delito de desacato en la dinámica de lo que sucedió. En este punto esta Corte hace suyo el voto del magistrado señor Ricardo Aravena Durán, quien estuvo por dictar sentencia absolutoria, por lo siguiente.

**SEXTO:** 1) El desacato se imputa en la acusación fiscal sosteniendo que Zenteno Campos se acercó a su ex conviviente hecho que se habría verificado en la vía pública; 2) Al caso la prueba establece únicamente la efectividad que las personas antes nombradas se encontraron en la vía pública; 3) Si lo anterior es correcto con arreglo a los hechos demostrados, entonces no resulta pertinente el reproche, pues el contenido de aquella interacción solo está marcada por los golpes que el acusado propinó a la mujer en un encuentro inesperado que, a lo menos, en su fase inicial debe ser considerado como no buscado por el acusado. De hecho el Carabinero Donoso reproduciendo los dichos de la denunciante sostiene que esta le indicó que Zenteno le dirige la palabra preguntándole por qué la seguía a lo que ella le respondió “que te importa”. De ahí en más no hay prueba que afirme que es el acusado quien se dirige a la mujer o si esta en cambio es la persona que gatilla la proximidad corporal, asunto clave para resolver la consumación del comportamiento prohibido bajo la etiqueta de desacato, ya que, en caso contrario, la cuestión solo parece decidida a la luz del resultado lesivo, pretiriendo el análisis de la exigibilidad de otro comportamiento que debe estar presente en el juicio de reproche, que es aquel que en definitiva legitima la imputación en sede de culpabilidad. Dicho de otro modo, si Zenteno Campos se encontró casualmente en la calle con su ex conviviente y si lo anterior terminó con los golpes que este propinó a la mujer, no corresponde si y solo si, concluir que hubo desacato desde que tal constatación queda limitada únicamente en la dimensión objetiva del comportamiento, más nada dice de las alternativas conductuales que efectivamente contaba al caso, aspecto clave para reprochar su falta de observancia al derecho al preferir transgredirlo que acatarlo, y nada dice porque sobre el particular según se indicó no hubo prueba.

**SÉPTIMO:** Que tales circunstancias llevan a esta Corte a concluir que en la sentencia se vulneró la correcta aplicación del derecho del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, en relación a lo dispuesto en el artículo 91 N° 1 de la ley 16.998, al subsumir erróneamente la conducta imputada al acusado, sin que se haya acreditado la ocurrencia del hecho que constituye el verbo rector de la acción reprochada y prohibida mediante la

cautelar supuestamente quebrantada, por lo que resulta evidente que en el pronunciamiento de la sentencia se incurrió en el vicio del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por haberse hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, yerro que impuso al imputado una pena, circunstancia que permite acoger el recurso, disponer la anulación de fallo y dictar la correspondiente sentencia de reemplazo absolutoria.

**OCTAVO:** Que los hechos probados constituyen el delito de lesiones menos graves en contextos violencia intrafamiliar, artículos 399 en relación al 494 N°5, ambos del Código Penal y en relación al artículo 5° de la ley 20.066, en grado de consumado, autoría material de parte del acusado. En el caso de las lesiones, delito de resultado, las vías de hecho aparecen dolosamente causadas, médicamente identificadas, diagnosticas como leves pero calificables como menos graves según lo mandado por el artículo 494 N°5 del Código Penal.

**NOVENO:** En cuanto al delito de lesiones la defensa sostiene que existe una discordancia entre las lesiones que se acreditaron y la conducta realizada por el acusado, pretendiendo restarle el efecto nocivo en la víctima a la acción del imputado. Sobre aquello es necesario tener presente que los hechos que los sentenciadores tuvieron por establecidos, referidos más arriba, son un presupuesto fáctico que no puede ser modificado por la vía del presente recurso. Y por haberse establecido su responsabilidad en tales hechos como las consecuencias de dicha conducta el cuerpo de la víctima, no se observa una falsa aplicación o contravención formal al texto de la ley, tampoco se ha vulnerado por el juzgador el verdadero sentido y alcance de las disposiciones legales en cuestión, por lo que la pretensión de nulidad en este punto no puede prosperar.

Por estos motivos y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376, 377, 378, 384 y 385 del Código Procesal Penal, **se declara que se acoge el recurso de nulidad** deducido en contra de la sentencia de sentencia de ocho de octubre de dos mil dieciocho, pronunciada por la Primera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, fallo que se anula sólo en lo que se refiere a la decisión tercera de su parte resolutive y los considerandos pertinentes y reemplaza por el que se dicta a continuación.

Regístrese y comuníquese. Redacción del Ministro Titular señor Juan Ignacio Correa Rosado. **N°Penal-808-2018.**

C.A. de Valdivia

#### **Sentencia de reemplazo:**

Valdivia, veintiséis de noviembre de dos mil dieciocho. En cumplimiento a lo ordenado por la decisión de nulidad que antecede y lo prescrito en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

#### **VISTOS:**

Se tiene por reproducida la sentencia recurrida, previa eliminación de los motivos 11°, 14° y 15° que se eliminan. En el motivo 12° se sustituye lo expresado al inicio "Que por lo que se lleva anotado la petición de la defensa será desestimada a excepción de lo relativo a la imputación por el delito de amenazas" por lo siguiente: "En cuanto a la imputación del delito

de amenazas, los argumentos de la defensa también serán acogidos”, quedando lo demás sin cambio.

De igual forma, se elimina el número 3 del considerando 10°.

**Y teniendo en su lugar y además presente:**

**PRIMERO:** Que los hechos probados constituyen el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, previsto y sancionado en los artículos 399 en relación al 494 N°5, ambos del Código Penal y en relación al artículo 5° de la ley 20.066, en grado de consumado, autoría material del acusado. Las lesiones, delito de resultado, las vías de hecho aparecen dolosamente causadas, médicamente identificadas, diagnosticadas como leves pero calificables como menos graves según lo mandatado por el artículo 494 N°5 del Código Penal ya mencionado.

**SEGUNDO:** Que de lo expuesto puede concluirse, que se la petición de la defensa será desestimada, en relación al delito de lesiones por el cual fue acusado el imputado. En cambio, serán acogidos los argumentos de la defensa en relación a los delitos de amenazas y desacato que se formularon en contra del acusado José Luis Zenteno Campos, toda vez que respecto de las amenazas la acusación carece de un contenido objetivo suficiente al afirmar que él extrajo un cuchillo de entre sus vestimentas e intimidó a la víctima, sin explicitarse cuales son los actos que llenan de significado a tal intimidación.

**TERCERO:** En relación al desacato, se rechazará esta acusación, porque en los hechos que se tuvieron acreditados no refieren a una acción de acercamiento del imputado a la víctima, conducta que era la prohibida por resolución judicial, dictada en causa 5449-2017 por el Juzgado de Garantía de Valdivia, de 17 de agosto de 2017, prohibición vigente a la fecha de los hechos. Surge entonces, como posibilidad que el encuentro entre ambos fue casual o incluso por una actividad o acción de la propia víctima. Por lo expuesto, no es posible acreditar, más allá de toda duda razonable, que se haya producido el encuentro por una acción imputable al acusado y, entonces, no es posible concluir que se cumplen en la especie los elementos objetivos del tipo específico, contemplado en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. A mayor abundamiento, *en los hechos que se han tenido por acreditados*, descritos en el considerando octavo de la sentencia recurrida, no se encuentra descrita la conducta específica sancionada por el tipo penal del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil y al no existir una imputación fáctica relativa al ilícito en cuestión, no puede haber condena a su respecto.

**CUARTO:** Que con el fin de determinar la pena a imponer por el delito de lesiones, se tendrá en consideración, que no concurren en la especie circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, por lo que se podrá recorrer la pena en toda su extensión.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 3, 7, 30, 67 y 69 del Código Penal, artículos 1, 2, 7, 8, 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 347 y 348 todos del Código Procesal Penal, artículo 240 del Código de Procedimiento Civil y artículos 5, 9 y 16 de la ley 20.066 y artículo 92 N° 1 de la ley 19.968, se resuelve que:

I.- Se absuelve a José Luis Zenteno Campos, cédula de identidad N°15.557.536-0, como autor del delito de amenazas en contexto VIF, establecidas en el artículo 296 N°3 del Código Penal, presuntamente perpetradas en esta ciudad el pasado 19 de septiembre de 2017 en contra de doña Daniela Alejandra Lafquén Mellado.

**II.-** Se absuelve a José Luis Zenteno Campos, cédula de identidad N°15.557.536-0 como autor material de un delito de desacato previsto en el inciso 2° del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, presuntamente consumado, en esta ciudad el pasado 19 de septiembre de 2017.

**III.-** Se condena a José Luis Zenteno Campos, cédula de identidad N°15.557.536-0 como autor material de un delito de lesiones menos graves en contexto violencia intrafamiliar, consumado, previsto en los artículos 494 N°5 en relación al artículo 399, ambos del Código Penal y a su vez concordados con el artículo 5° de la ley 20.066, perpetrado en esta ciudad el pasado 19 de septiembre de 2017 en contra de doña Daniela Alejandra Lafquén Mellado, a una pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y accesorias especiales de prohibición de porte y tenencia de arma de fuego, por dos años, y asistencia obligatoria a programa terapéutico para abordar el problema de control de impulsos, por un año, pena que se tendrá por cumplida, en atención al mayor tiempo que ha permanecido privado de libertad entre el día 19 de septiembre de 2017 y 17 de octubre de 2017 en prisión preventiva y desde el 18 de octubre hasta la fecha en arresto domiciliario nocturno parcial por 10 horas diarias.

**IV.-** Queda liberado el condenado por el pago de costas considerando al caso que fue absuelto por dos de los delitos por los cuales fue acusado.

Regístrese, comuníquese y devuélvase. Redacción del Ministro Titular señor Juan Ignacio Correa Rosado. **N°Penal-808-2018.**

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Valdivia integrada por los Ministros (as) Juan Ignacio Correa R., Juan Ignacio Correa R., Marcia Del Carmen Undurraga J. Valdivia, veintiséis de noviembre de dos mil dieciocho.

En Valdivia, a veintiséis de noviembre de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 38-2018

**Ruc:** 1610028465-4

**Delito:** Abuso sexual contra menor de catorce años.

**Defensor:** Oscar Soto

**38.- Acoge recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho contra sentencia que condena ha imputado por abuso sexual a menor de 14 años, por estimarse que los hechos imputados no satisfacen el tipo penal de abuso sexual, ya que tales actos no podrían ser calificados de significación y de relevancia. (CA Valdivia 23.11.2018 rol 38-2018)**

**Normas asociadas:** CP art.366 bis; CP art.366 ter; CPP art.373 b.

**Tema:** Recursos; Delitos sexuales;

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Abuso sexual.

**Magistrados:** Luis Aedo Mora; Gloria Edith Hidalgo; Claudio Roberto Novoa.

**SINTESIS:** Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valdivia condena a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo a imputado por el delito de abuso sexual contra menor de catorce años. La defensa recurre de nulidad por errónea aplicación del derecho fundamentado en que los actos realizados por el imputado no satisfacen el tipo penal de abuso sexual, toda vez que estos habrían sido besos que no superan el parámetro de gravedad para entenderlos como actos de significación sexual relevante, habiendo ocurrido además en un espacio público en el que concurrían más personas. La Corte razona que los efectos que el hecho ha podido provocar en la denunciante o en sus padres no aparecen como determinantes para calificar la relevancia de la conducta, en atención a que la sensibilidad y subjetividad de cada persona es diferente, por lo que tampoco la existencia de afectación puede otorgar por sí sola carácter de punible a una acción carente de relevancia objetiva. Por lo que acoge el recurso y dicta sentencia de reemplazo. (Considerandos: 1; 2; 5; 6 y 7).

#### **TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, veintitrés de noviembre de dos mil dieciocho.

#### **VISTOS:**

En fecha trece de noviembre de dos mil dieciocho, se llevó a efecto audiencia para conocer de recurso de nulidad interpuesto por don Oscar Soto Vio, abogado defensor penal público, en contra de la sentencia de fecha nueve de octubre de dos mil dieciocho, dictada en autos RIT 38-2018 y RUC 1610028465-4 del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, en Segunda Sala, presidida por doña Pamela Lobos Saavedra, Jueza Destinada, e integrada por doña Marianela Luna Neira, Jueza Subrogante y por don Carlos Flores Valenzuela, Juez Titular; en cuanto se condena a don W. T. P.a la pena de tres años y un día de presidio mayor en su grado mínimo (sic), por el delito de abuso sexual de artículo 366 bis, en relación con

artículo 366 ter, ambos del Código Penal, conjuntamente con las penas accesorias de suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo que dure la condena; interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designa; de sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal, y de inhabilitación perpetua temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con menores de edad.

En la audiencia comparecen y alegan por la defensa recurrente el abogado don Oscar Soto Vio, y por el Ministerio Público la abogada doña Carola Vhymeister Sánchez.

El abogado defensor solicita se declare nulidad de la sentencia recurrida, fundado en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación con artículos 366 bis y 366 ter, ambos del Código Penal, que tipifican el ilícito por el cual se ha dictado sentencia condenatoria. Sostiene el recurrente que la conducta descrita y que ha motivado el reproche penal no alcanza a revestir el calificativo de “beso”, en un lugar de acceso público, con testigos presenciales que nada extraño apreciaron y con cámaras que registraron el constante ir y venir de personas en el lugar.

De acuerdo con la acusación, el imputado condujo a una menor hasta una sala en la que se encontraban solos, oportunidad en que le da un beso en la boca y luego otro beso a la altura de su mejilla y boca. Sin embargo, el registro de imágenes indica que se trata de un comedor, con puertas abiertas y tránsito de personas. Un menor presente declaró que sólo vio un beso de despedida en la mejilla, y la hermana de la presunta víctima permanecía en el pasillo viendo lo que sucedía en el interior y no apreció ningún beso en la boca. Por su parte, la denunciante declaró al tribunal que se trató de un beso con la boca cerrada del acusado.

Esta conducta no satisface el tipo penal del abuso sexual, sin perjuicio de poder calificarse como un hecho irregular, injurioso o ultrajante para las buenas costumbres.

Se refiere a los considerandos Noveno y Duodécimo de la sentencia recurrida, que establecen los hechos acreditados y su calificación como abuso sexual de una menor de catorce años, por tratarse de una conducta de significación y relevancia sexual considerando que se ejerció por un adulto de 42 años, respecto de una niña de doce años de edad. Menciona doctrina y jurisprudencia que abordan el factor de relevancia y la connotación sexual de la conducta, a fin de distinguirla de otras acciones que, siendo lesivas, no satisfacen el tipo penal.

Pide se declare la nulidad de la sentencia recurrida, dictándose seguidamente una de reemplazo, que absuelva al imputado como autor del delito de abuso sexual.

El Ministerio Público insta por el rechazo del recurso de nulidad, señalando que la sentencia de autos analiza toda la prueba rendida, en sus considerandos Duodécimo y Decimotercero, en los que trata sobre la relevancia de la conducta acreditada, haciéndose cargo de la petición de absolución planteada por la defensa. Señala que debe distinguirse entre la connotación sexual del acto y el propósito lascivo del agente, siendo esto último irrelevante para el tipo penal. La boca está contemplada como una zona erógena para el legislador.

## **OIDOS LOS INTERVINIENTES, Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que la causal de nulidad invocada por la defensa es la errónea aplicación del derecho, establecida en letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal: “*Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo*”. En dicho contexto, el objeto del recurso no busca cuestionar ni controvertir los hechos que se han tenido por acreditados, sino la calificación que la sentencia realiza de tales actos, sea atribuyéndoles carácter de determinadas conductas típicas sancionables; sea para determinar la participación de los intervinientes; sea para determinar las penas aplicables a tales conductas y a cada interviniente en particular. Debe tratarse, en consecuencia, de un error jurídico conceptual que infrinja o desvirtúe el sentido de la norma aplicable, error que además debe influir sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al punto de que la supresión del error provoque una decisión diversa a la declarada.

En la especie, la defensa funda su recurso de nulidad en que los hechos que se han tenido por acreditados en la sentencia no revisten relevancia ni connotación sexual en el rango de gravedad que la norma penal contempla.

**SEGUNDO:** En cuanto a los hechos que la sentencia ha tenido como acreditados, más allá de toda duda razonable, estos constan en el Considerando Noveno y son los siguientes: “*El día 30 de junio del año 2.016, aproximadamente a las 18:00 horas, el acusado Wladimir Treuquemil Pérez, quien cumplía funciones como instructor de banda de instrumentos en la temática de guerra, en la escuela España ubicada en calle Beauchef N° 975, Valdivia, luego de impartir su taller, se quedó en los pasillos del colegio y aprovechó de acercarse a la estudiante P.J. P., a la sazón de 12 años de edad, quien junto a su hermana menor se retiraban del colegio. El acusado se acercó a la estudiante, la separó de su hermana y la condujo colocando su mano derecha a la altura de su hombro izquierdo, hasta una dependencia destinada a comedor, ubicada al costado del pasillo donde fue abordada por el acusado. En ese instante tomó con sus manos a la altura de las axilas a la niña y la subió sobre una mesa sentándola ahí, quedando de frente a su cara. Luego de hacerle preguntas y obtener algunas respuestas por parte de ésta, ofrecerle ayuda y realzar sus virtudes, procedió a darle un beso en su boca no logrando reaccionar la niña y nuevamente al despedirse de ella el acusado le dio otro beso a la altura de su mejilla y su boca.*”

Si bien en la descripción que hace el sentenciador de los hechos no lo menciona en forma expresa, de la declaración de la menor se constata que el beso consistió en el contacto de los labios cerrados del acusado con los de la niña.

**TERCERO:** Que, el ilícito materia de la acusación, está descrito y sancionado en artículo 366 bis del Código Penal, en los siguientes términos: “*El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.*”; norma que se complementa con el artículo 366 ter del mismo cuerpo legal, que define la expresión “acción sexual”: “*Para los efectos de los tres artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella*”. La segunda de las normas transcritas especifica que el acto de significación sexual debe ser “relevante”, cuestión que efectivamente queda librada a la apreciación de las pruebas y circunstancias que en cada caso conoce el sentenciador.

**CUARTO:** En el caso sub lite, el tribunal A Quo expresa en el Considerando Duodécimo de la sentencia, los elementos que llevan a la convicción de que la conducta acreditada ha revestido una gravedad acorde con la relevancia que dispone la figura penal, en atención a las acciones realizadas por el acusado, previas al contacto de su boca con la de la menor. El beso provocó la denuncia inmediata de la menor, debiendo contar con terapia reparatoria, por la invasión a su esfera sexual. Seguidamente, la sentencia formula una reflexión, en cuanto *“Cabe preguntarse entonces si nuestra comunidad acepta como socialmente permitido que una persona adulta de 42 años, instructor de banda de una niña de 12 años de edad, pueda mantener este nivel de acercamiento, manipulación y seducción respecto de quien, como se dijo, estaba en pleno desarrollo de su sexualidad, vale decir, ni siquiera tenía edad para consentir en este tipo de acto. Debemos recordar nuevamente aquí, para determinar la significación sexual de la conducta, el contexto en que el acusado dio un beso en la boca a la niña, esto es, abordándola previamente en un pasillo del recinto escolar, invadiendo su corporalidad, llevándola a una sala de menor afluencia de personas, tomándola de las axilas, subiéndola a una mesa, poniéndose a escasos centímetros de su rostro, prácticamente arrinconándola, adulándola y besándola por dos o tres segundos de manera sorpresiva e intempestiva en la boca e instantes después entre sus labios y la mejilla. A mayor abundamiento, ¿Qué otra interpretación le podemos dar a este hecho?, si el acusado lo negó y solo se limitó a señalar que actuó involuntariamente y sin pensar, vale decir, no tenemos de parte del acusado alguna otra explicación de lo ocurrido.”* En otro párrafo del mismo considerando Duodécimo, la sentencia reitera la relevancia sexual de la conducta: *“Por último, en relación a la relevancia de la conducta, esto es, la gravedad de la misma, quedó suficientemente establecida por los daños pesquisados por la perito psicóloga doña Miriam Casner y ratificados por la psicóloga a cargo de la terapia reparatoria de la niña doña Daniela Donoso, además de lo que pudo evidenciar el propio Tribunal al presenciar el relato de la víctima en estrados, a quien se le pudo percibir en varios pasajes afectada emocionalmente al recordar los hechos.”*

**QUINTO:** Que, las consideraciones expresadas por el tribunal A Quo aluden esencialmente a los actos anteriores y posteriores a la acción del beso en la boca que el acusado le dio a la niña, así como a las consecuencias dañosas de orden psicológico que dicho acto ocasionó en la menor.

Sin embargo, la secuencia y contexto en que aparecen realizadas las acciones descritas en la sentencia, no superan, a juicio de esta Corte, los parámetros de gravedad para entenderlas como acto de significación sexual relevante.

En efecto, el gesto de llevar a la niña desde un pasillo adyacente hasta la dependencia del comedor, no denota ánimo de clandestinidad, desde que se trata de un recinto con circulación continua de personas, y en el cual se mantuvo abiertas las puertas de acceso, sin restricción para la mirada de la hermana de la menor denunciante, ni oponiendo obstáculos a la circulación de otros niños. A mayor abundamiento, el recinto cuenta con cámara de grabación de imágenes, la cual estaba en funcionamiento.

En la conversación que relata la víctima haber mantenido con el imputado o del análisis del tenor de las expresiones empleadas por éste, que refuerzan el contexto y pudieran arrojar indicios acerca del objetivo final perseguido, no existen elementos que aludan siquiera a insinuaciones de carácter sexual, y sólo se explicitan palabras de incentivo a las capacidades de la menor, cuyo sentido no es dable de advertir unívoco, como se ha inferido en la aplicación del derecho efectuada en el fallo examinado.

En cuanto al “beso” descrito, consistió materialmente éste en el roce de labios cerrados del acusado sobre los labios igualmente cerrados de la niña, gesto que en una segunda oportunidad, y al despedirse, sólo se limitó a tocar el sector medio entre la boca y la mejilla. En consecuencia, nada contundente hay en las conductas que se han acreditado en juicio, que permita suponer la concreción de una acción sexual, esto es, de connotación o significación sexual en los términos que tipifica el artículo 366 bis del Código Punitivo, en el sentido de ver reflejado un comportamiento estrictamente motivado por el instinto sexual, ni menos aún que aquélla haya estado revestida, por su magnitud, de la relevancia exigida por el artículo 366 ter del mismo cuerpo legal, en orden a configurar objetiva gravedad como atentado contra la indemnidad sexual de la ofendida, debiendo recordar en ello el carácter estricto y de última ratio que posee el Derecho Penal, como herramienta de encauzamiento de un conflicto a la cual se debe reconducir una situación únicamente en la medida que encuadre en los estrictos contornos de esta rama jurídica sancionatoria; cuyo no aparece ser el caso conforme a lo razonado.

**SEXTO:** Cabe tener presente que el injusto penal se instituye como tal en virtud de resultar lesivo en concepto de la comunidad, por sobre otras conductas que también resultan reprobables socialmente, pero cuya ejecución ofende otros límites de la convivencia, como la moral, las buenas costumbres, o los usos socialmente aceptados. En este contexto, tienen pleno sentido las interrogantes que plantea la sentencia, cuando discurre en el Considerando Duodécimo *“Cabe preguntarse entonces si nuestra comunidad acepta como socialmente permitido que una persona adulta de 42 años, instructor de banda de una niña de 12 años de edad, pueda mantener este nivel de acercamiento, manipulación y seducción respecto de quien, como se dijo, estaba en pleno desarrollo de su sexualidad...”* Más adelante, en el mismo Considerando, el sentenciador se formula la pregunta *¿Qué otra interpretación le podemos dar a este hecho?* Estas preguntas grafican exactamente el dilema que enfrenta el legislador a la hora de determinar figuras penalmente reprochables, y se resuelve por la vía de describir en forma objetiva y concreta aquellas acciones que se estima antijurídicas. Cuando se trata de acciones con multiplicidad de hipótesis, como el abuso sexual, y ante imposibilidad de preverlas pormenorizadamente, se utilizan fórmulas como la que describe el artículo 366 ter del Código Penal, *“actos de significación sexual y de relevancia”*, fórmula abierta, que obliga al sentenciador a evaluar cada caso, conforme a las reglas de la sana crítica.

Así entonces, la distinción que es llamado a efectuar el sentenciador es entre la relevancia jurídica, la relevancia moral, la relevancia en términos de buenas costumbres, o finalmente, respecto del uso social. En este arco de posibilidades, el beso que una persona de 42 años deposita con sus labios cerrados en la boca de una menor de 12, podrá ser reprochable desde la esfera de la moral y las buenas costumbres, o incluso constituir una falta al pudor, como la prevista en el artículo 495 número 5 del Código Penal. Pero no satisface el tipo sancionado en abstracto con presidio menor en su grado máximo, contenido en artículos 366 bis y 366 ter del Código Punitivo.

En dicho sentido, ha sido la propia doctrina la que, refrendando el parecer de esta Corte, ha consignado casos como el analizado, afirmando: “Porque el delito no protege a las personas frente a cualquier molestia que pudiese experimentar una persona por obra de otro individuo, ni de los simples atentados en contra de otros valores, como el honor, por mucho que aparezcan motivados por el instinto sexual. Un beso, por ejemplo, aunque sea expresión de dicho instinto y aunque importe contacto corporal en los términos requeridos por el artículo 366 ter, no tiene por sí solo la relevancia exigida por este mismo precepto para ser considerado una acción sexual” (Rodríguez Collao, Luis. Delitos Sexuales. De

conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley N°19.617 de 1999. Editorial Jurídica de Chile, página 202).

**SÉPTIMO:** Que, no aparecen como determinantes para calificar la relevancia de la conducta, los efectos que el hecho ha podido provocar en la denunciante o en sus padres, atento que la subjetividad y sensibilidad de cada persona es diferente, del mismo modo como la inexistencia de daño psicológico no incide en la punibilidad de una conducta lesiva. En efecto, así como el abuso sexual no requiere de afectación psicológica de la víctima para determinar su punibilidad, tampoco la existencia de tal afectación puede otorgar por sí sola carácter de punible a una acción carente de relevancia objetiva; de lo contrario la incertidumbre campearía en un ámbito, cual lo es el Penal, donde rige el principio de taxatividad, como expresión específica del de legalidad.

**OCTAVO:** De acuerdo a lo razonado, la sentencia de autos ha incurrido en una errada aplicación del derecho, otorgando al hecho investigado el carácter de punible, de acuerdo a los artículos 366 bis y 366 ter del Código Penal, sin que al menos dichas normas puedan ser aplicadas a la conducta que ha resultado acreditada. Vicio que irroga nulidad al fallo, debiendo dictarse la correspondiente sentencia de reemplazo.

Con lo expuesto y de conformidad con lo establecido en artículos 372, 374, 378 y siguientes del Código Procesal Penal, **SE ACOGE** el recurso de nulidad deducido por la defensa de don W. T. P. en contra de la sentencia de autos, dictada en fecha nueve de octubre de dos mil dieciocho, la que adolece de nulidad por errada aplicación del derecho, debiendo dictarse a continuación la correspondiente sentencia de reemplazo.

Redactada por el Abogado Integrante don Claudio Novoa Araya. Regístrese y comuníquese. N°Penal-809-2018.

### **SENTENCIA DE REEMPLAZO.**

Valdivia, veintitrés de noviembre de dos mil dieciocho.

#### **Vistos:**

Se reproduce la sentencia anulada, de fecha nueve de octubre de dos mil dieciocho, con las siguientes modificaciones: 1°.- Se elimina la frase final del Considerando Noveno; 2°.- Se eliminan los considerandos Décimo al Decimosexto, ambos inclusive.

#### **Y teniendo en su lugar además presente:**

**PRIMERO:** Que, por las razones expresadas en los fundamentos Quinto a Octavo de la sentencia que declara nulidad del fallo condenatorio, los que se tienen por reproducidos, ha debido concluirse en esta causa que el hecho materia de acusación fiscal no constituye el ilícito de abuso sexual de menor de catorce años, descrito y sancionado en artículos 366 bis y 366 ter del Código Penal, toda vez que el injusto materia de la acusación requiere la concurrencia de actos de significación sexual y de relevancia, lo que no ha podido configurarse por los hechos acreditados.

**SEGUNDO:** Que, en efecto, los actos de significación sexual lo son en la medida en que procuran la excitación sexual, sea del actor, sea de la víctima o, incluso, de terceros; sin que pueda entenderse configurado por el solo contacto corporal. Así lo entienden y

comparten tanto los autores que privilegian el elemento subjetivo del injusto (Guzmán Dálbora, “Apreciación y reprobación de los delitos contra la honestidad en Chile”; Ramírez, María Cecilia, “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”), como aquellos que propugnan los parámetros objetivos de punibilidad (Garrido Montt, “Derecho Penal, Tomo III”; Rodríguez Collao, “Delitos sexuales”).

**TERCERO:** En cuanto al concepto de “relevancia”, la Real Academia de la Lengua Española, lo caracteriza como sinónimo de sobresaliente, destacado, importante o significativo. En cualquiera de sus acepciones, el término nos obliga a calificar como relevante, para efectos de reproche penal, aquello que supera los límites de la mera transgresión moral o del atentado contra las buenas costumbres. En una escala de transgresiones ascendente, el hecho que ha resultado acreditado en estos autos no puede estimarse apto para situarlo en la cúspide de dicha escala.

Por estas consideraciones, y de conformidad con lo dispuesto en artículos 4° y 385 del Código Procesal Penal, **SE ABSUELVE** a don W. T. P., por no haberse acreditado conducta punible en los hechos materia de la acusación.

Redacción del Abogado Integrante don Claudio Novoa Araya. Regístrese, comuníquese y archívese. N°Penal-809-2018.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 167-2018.

**Ruc:** 17003682889-9.

**Delito:** Hurto simple.

**Defensor:** Pamela González Vásquez.

**39.- Rechaza recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho interpuesto contra sentencia que condena a imputado por el delito de Hurto Simple, determinando la pena en consideración a la agravante de reincidencia específica por haber cometido el imputado anteriormente el delito de Robo con Intimidación. (CA Valdivia 06.12.2018 rol 167-2018)**

**Normas asociadas:** CPP art.373 b; CPP art.351; CP art.446 N°2; CP art.12 N°16.

**Tema:** Recursos; Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal; Delitos contra la propiedad

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Errónea aplicación del derecho; Reincidencia.

**Magistrados:** Marcia Undurraga Jensen; Juan Ignacio Correa Rosado; Luis Aedo Mora.

**SINTESIS:** Juzgado de Garantía de Valdivia condena a imputado por el delito de Hurto Simple a la pena de trescientos un días de presidio menor en su grado mínimo, para cuya determinación se considera la agravante de reincidencia específica, por haber sido autor el imputado del delito de Robo con Intimidación. La defensa recurre de nulidad por errónea aplicación del derecho arguyendo no es procedente la circunstancia modificatoria, porque se trataría de delitos que no son de la misma especie, toda vez que el delito de robo con intimidación tiene pena de crimen mientras que el hurto corresponde a un simple delito, el bien jurídico entre uno y otro es diferente, así como el modo de comisión de ambos delitos. La Corte razona que no se ha incurrido en una errónea aplicación del derecho pues se trata de delitos de la misma especie, en atención a que afecta al menos a uno de los mismos bienes jurídicos protegidos, como lo es la propiedad. Por lo que rechaza el recurso con el voto en contra de la ministra Undurraga Jensen quien fue de la opinión de acoger el recurso sobre los argumentos de que la jurisprudencia sobre reincidencia específica tiene diversas teorías, que la forma de comisión del delito de hurto difiere totalmente del delito de robo con intimidación, que ante la diversidad de criterios que ha tenido la jurisprudencia se debe estar al que permita una mayor concordancia con los principios de proporcionalidad e indubio pro reo que informan el derecho penal. (Considerandos: 2; 3; 4).

#### **TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, seis de diciembre de dos mil dieciocho.

#### **VISTOS:**

Comparece la abogada doña Pamela González Vásquez, por la defensoría penal pública licitada, en representación del condenado H. G. P., señalando que recurre de nulidad contra la sentencia definitiva dictada en procedimiento simplificado por el Juez de Garantía de Valdivia don Carlos Acosta Villegas, con fecha 19 de Octubre de 2018, en causa RUC 1700732831-1, RIT 5270-2017, mediante la cual se condenó a su representado como autor

de dos delitos de Hurto Simple, ilícito previsto y sancionado en el artículo 446 N°2 del Código Penal, en grado consumado y tentado respectivamente, perpetrados los días 6 y 7 de agosto de 2017, respectivamente, a la pena de trescientos un días de presidio menor en su grado mínimo, más accesorias de suspensión para cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena, más pena de multa de seis unidades tributarias mensuales, respecto del primero de los delitos, y una pena de treinta y un días de prisión en su grado medio, más accesorias de suspensión para cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena y pena de multa a beneficio fiscal ascendente a seis unidades tributarias mensuales, respecto del segundo delito.

Invoca como causal de nulidad la contenida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por cuanto estima que el sentenciador efectuó una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al tener como concurrente respecto de su representado la agravante de responsabilidad del artículo 12 N°16 del Código Penal. Agrega que de la prueba rendida en juicio, los hechos que se dieron por probados en cuanto a la participación de su representado constan en el motivo tercero del fallo. Del mismo modo, en relación a las circunstancias modificatorias contenidas en el motivo cuarto del fallo en alzada, indica que el sentenciador estimó como concurrente la agravante de reincidencia específica reclamada por el ente persecutor, del artículo 12 N°16 del Código Penal, precepto que establece que procede en los casos de haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie, teniendo en consideración para ello la condena anterior dictada en contra de su representado en causa Rit 136-2011, de fecha 11 de mayo de 2012, del sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, correspondiente a un delito de robo con intimidación, delito de la misma especie, a juicio del tribunal, del hurto simple, en atención a que afecta al menos a uno de los mismos bienes jurídicos protegidos, la propiedad.

En este sentido, sostiene que se ha hecho una errónea aplicación del derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que no se está ante un caso de reincidencia específica, toda vez que no son delitos de la misma especie, ya que de acuerdo a los antecedentes antes mencionados, el delito de robo con intimidación tiene pena de crimen mientras que el hurto corresponde a un simple delito, el bien jurídico protegido entre uno y otro es diferente, así como el modo de comisión de ambos delitos.

Agrega que si bien la ley no define qué debe entenderse por delitos de la misma especie, el artículo 351 del Código Procesal Penal entrega un parámetro que sirve para precisarlo, esto es, la protección de un mismo bien jurídico. Sin embargo, aquel único elemento, sólo es obligatorio para los efectos de ese artículo, lo que significa que para otras materias, como en la especie, es posible recurrir a otros elementos, sin desechar el anterior, sino a modo de complementación, como puede ser la forma de comisión del ilícito. Cabe destacar de la expresión “de la misma especie” no es sinónimo de “mismo bien jurídico protegido”. Así, Labatut, es de opinión de considerar, además, al móvil del hechor, razonamiento que comparte Novoa. En cambio, Cury, piensa que debe atenderse a la identidad del bien jurídico protegido y a la forma que reviste el ataque, rechazando considerar el móvil del agente. Por último, Garrido Montt, señala que por delitos de la misma especie, debe entenderse una referencia a hechos de naturaleza semejante –no necesariamente iguales– teniendo para ella en cuenta los bienes jurídicos protegidos por los respectivos tipos penales y las modalidades de comisión o formas de ataque al bien jurídico, existiendo aún posiciones intermedias que no exigen que los medios típicos de ataque sean iguales, bastando una semejanza; (Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I, Libro Primero, Parte General, Obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga. Coordinador, Jean Pierre Matus Acuña. Artículo del prof. Carlos Künsemüller. Pgs. 213 a 216).

En consecuencia, sostiene que su tesis, plantea una interpretación armónica con los derechos y garantías que nuestro sistema jurídico establece resultando una interpretación más favorable al condenado. En consecuencia, estima que esta errónea aplicación del derecho produce un agravio evidente a su representado, cual es que como consecuencia de este error se ha aplicado una pena privativa de libertad mayor de haberse desestimado la aplicación de la agravante de reincidencia del artículo 12 N°16 del Código Penal.

Pide se declare nula la sentencia y, en consecuencia, se dicte sentencia de reemplazo que corresponda, desestimando la aplicación de la agravante contenida en el artículo 12 N°16 del Código Penal, y condenando a su representado a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo por el primer delito y a la pena de 21 días de prisión en su grado medio por el segundo.

#### **Y OIDOS LOS INTERVINIENTES:**

**1°.-** Que la nulidad planteada por la defensa es aquella contenida en el artículo 373 Letra b) del Código Procesal Penal, errónea aplicación del derecho, en relación al art, 12 N° 16 del Código Penal, a saber, se ha considerado al acusado como reincidente en delitos de la misma especie y con el consecuente aumento de la pena impuesta.

**2°.-** Que en el fallo impugnado se ha resuelto que al imputado le perjudica la agravante de reincidencia específica reclamada por el persecutor, pues la condena anterior, Rit 136-2011, de fecha 11 de mayo de 2012 dictada por el sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, corresponde a un delito de Robo con intimidación, delito que es de la misma especie del Hurto simple, en atención a que afecta al menos a uno de los mismos Bienes jurídicos protegidos, la propiedad. Distinto habría sido el caso que esto hubiera el caso que esto hubiera sido al revés, es decir, que nos encontráramos con un delito de Robo con intimidación en este caso y que se estuviera argumentando como agravante del artículo 12 n°16 del código penal, en base a un delito de Hurto, ya que el delito de hurto no compartiría los mismos Bienes jurídicos protegidos, ya que faltaría uno de los elementos, en este caso, la intimidación o la seguridad de las personas como

Bienes jurídicos protegidos. En este caso no, porque el robo con intimidación si afecta al menos uno de los bienes jurídicos protegidos, que es la propiedad.

**3°.-** Que la parte recurrente sostiene que no se dan los supuesto de la norma aplicada ya que no se trata de un caso de reincidencia específica, toda vez que no son delitos de la misma especie, ya que de acuerdo a los antecedentes antes mencionados, el delito de Robo con intimidación tiene pena de crimen mientras que el Hurto corresponde a un simple delito, el bien jurídico protegido entre uno y otro es diferente, así como el modo de comisión de ambos delitos.

**4°.-** Que esta Corte ha tenido por criterio permanente que en el caso de la reincidencia específica se entiende por delitos de la misma especie aquellos que ofenden el mismo bien jurídico protegido. Criterio que no exige identidad absoluta entre los bienes jurídicos protegidos, si los tipos penales coinciden en al menos uno de ellos. Así se ha dicho que: "Cabe destacar que, en la antigua definición, regida por un criterio de ubicación material dentro de un mismo título, o ley que los sanciona, se aplicaba el concepto de la misma especie a delitos figuras penales con bienes jurídicos protegidos de muy diversa índole. El cambio introducido a la redacción actual del inciso final del art. 351 del Código Procesal Penal resultada más acertada, en cuanto excluye situaciones claramente inconvenientes, pero no implica una interpretación radical de identidad absoluta. Así, resultan de una misma especie un tipo penal simple y otro que, constituyendo así una figura pluriofensiva." (Rol Nro. 825-2016).

**5°.-** Que atento a lo expuesto sólo resta decir que el recurso de nulidad no puede prosperar. Y visto lo dispuesto en los artículos 384 y siguientes del Código Procesal

Penal se declara que:

Se **RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia de diecinueve de octubre de dos mil dieciocho, dictada en causa RUC 1700732831-1, RIT 5270-2017, del Juzgado de Garantía de Valdivia y se declara que dicho fallo no es nulo.

Acordada con el voto en contra de la Ministra Titular Sra. Marcia Undurraga Jensen, quien fue de opinión de acoger el presente recurso y para ello tiene presente los siguientes argumentos:

**1°.-** Que la jurisprudencia sobre el tema de la reincidencia específica tiene diversas teorías, tales como: 1.- Que los delitos sean tratados en un mismo párrafo y título del Código Penal, 2.- Que los delitos afecten a un mismo bien jurídico, 3.- Que además de afectar un mismo bien jurídico, el modo de afectación de éste y el modo de comisión del ilícito sea similar en ambos delitos, y 4.-. Que el criterio para identificar tales delitos se encuentra establecido en el artículo 351 del Código Procesal Penal. (Tesis de grado de doña Andrea Molina LA REINCIDENCIA PROPIA ESPECÍFICA EN LA JURISPRUDENCIA, de 2011)

**2°.-** Que en el caso de autos la reincidencia estaría constituida por un delitos de robo con intimidación cometido anteriormente, en relación a dos hurtos juzgados en la presente causa y tal como lo ha señalado la defensa, la forma de comisión de los hechos difiere totalmente en uno y otro. Razón suficiente para concluir que no se está ante delitos de la misma especie.

**3°.-** Que ante la diversidad de criterios que ha tenido la jurisprudencia se debe buscar el que permita una mayor concordancia con los principios de proporcionalidad e indubio pro reo que informan el derecho penal. Dicho criterio será el referido a la diversa forma afectación del bien jurídico protegido como la vía de comisión de los delitos que se han propuesto para configurar la agravante

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 16-2018.

**Ruc:** 1600529534-7.

**Delito:** Maltrato Habitual.

**Defensor:** Mauricio Aguilera.

**40.- Rechaza recurso de nulidad contra sentencia del Juzgado de Garantía de Los Lagos que condena a imputado por el delito de maltrato habitual; teniendo como medio de prueba declaración de funcionario policial incorporada en juicio como prueba documental sin observación a las hipótesis del art. 331 del Código Procesal Penal. (CA Valdivia 14.12.2018 rol 16-2018)**

**Normas asociadas:** CPP art.374 e; CPP art.342 c; CPP art.297; CPP art.331.

**Tema:** Recursos; Prueba

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Maltrato habitual; Medio de prueba; Principio de inmediación

**Magistrados:** Juan Ignacio Correa Rosado; Marcia del Carmen Undurraga Jensen; Juan Carlos Vidal Etcheverry.

**SINTESIS:** Juzgado de Garantía de Los Lagos condena a la pena de 61 día de presidio menor en su grado mínimo a imputado por el delito de Maltrato Habitual, teniendo por acreditados los hechos a través de la prueba documental aportada en juicio, en la que constó la declaración de un funcionario policial que fue incorporada durante el juicio oral. La defensa recurre de nulidad atacando la declaración incorporada toda vez que a su entender tal ejercicio probatorio no estaría autorizado bajo alguna de las hipótesis del artículo 331 del Código Procesal Penal; por lo que la sentencia carecería de fundamentación para acreditar los hechos que se tuvieron como probados. La corte estima rechazar el recurso señalando que la prueba documental fue múltiple otorgando certeza a los sentenciadores para condenar al imputado. (Considerandos: 1; 3; 4; 5; 7 y 8).

#### **TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, catorce de diciembre de dos mil dieciocho.

#### **VISTOS:**

Comparece en causa RIT O-16-2018, el Abogado defensor del sentenciado B. Z. B., quién deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia de fecha 26 de Octubre de 2018, pronunciada por el Juez Subrogante del Juzgado de Garantía de Los Lagos, que condenó a su representado como autor del delito de maltrato habitual, previsto y sancionado en el artículo 14 de la Ley 20.066, cometido el año 2016 en contra de Jessica J. M. R., a sufrir la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, mas accesorias y prohibición de acercarse a la víctima a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente, con pena sustitutiva de reclusión parcial domiciliaria. Invoca para recurrir, la causal contenida en el artículo 374 letra e) en relación a los artículos 342 letra c) y artículo 297 del Código Procesal Penal, esto es "c) la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por

probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297. Procede también a analizar contenido de esta última disposición. Transcribe a continuación el considerando noveno de la sentencia recurrida, en la cual se tuvo por acreditados los hechos de acuerdo con el requerimiento fiscal, como asimismo el considerando decimo, en el que fue ponderada la prueba. Desarrollando los fundamentos del recurso, expone en primer lugar que la sentencia adolece de prueba suficiente para lograr convicción de condena, incurriendo en infracción al artículo 331 del Código Procesal Penal, porque no se planteó causa legal para tal ejercicio probatorio. Señala a continuación que el artículo 331 de dicho Código, permite reproducir o dar lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, y transcribe las cinco situaciones que al efecto esta norma establece, comentando que ninguna de ellas resulta aplicable al caso de lo sucedido en juicio, reiterando que no existe fundamentación para la aplicación de una forma excepcional de rendir prueba, agregando que sin ella, la prueba y la argumentación contradice todo principio lógico. Agrega que esta infracción se presenta en dos niveles, uno normativo y el otro procedimental o fáctico y analiza el artículo 340 del Código Procesal Penal, en relación con la duda razonable, estimando que por este motivo resulta esencial que el ente acusador realice una investigación acabada y objetiva de los hechos que posteriormente presentará ante el tribunal en forma de acusación, debiendo probar luego en el juicio oral, todos y cada uno de los elementos que conforman su libelo y si falta uno de ellos, no puede ser suplido por otra prueba, porque no habrá armonía entre las probanzas incorporadas.

Prosigue su análisis concluyendo que al producirse un vacío respecto de uno de los elementos esenciales del tipo penal, es imposible que el tribunal logre despejar la duda razonable respecto de la existencia o no de los antecedentes contenidos en el requerimiento. Se refiere a continuación al agravio que provocó la decisión del Tribunal, al condenar a su representado sobre la base única de prueba cuya rendición es contraria a derecho, pues se le impuso por esta vía una pena desproporcionada. Concluye su recurso solicitando sea elevado ante esta Corte a objeto se declare nula la sentencia y el juicio oral que tuvo lugar, determinando el estado de procedimiento en que deba quedar, y remita los antecedentes ante el tribunal no inhabilitado que correspondiere.

#### **CONSIDERANDO.**

**PRIMERO:** Que, la sentencia recurrida de Juez Subrogante del Juzgado de Garantía Los Lagos, condenó a B. Z. B., como autor del delito de maltrato habitual, previsto y sancionado en el artículo 14 de la Ley 20.066, cometido el año 2016 en contra de J. M. R., a sufrir la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante la condena y a la accesoria del artículo 9 letra b) de la Ley 20.066, esto es prohibición de acercarse a la víctima a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente, concediéndole pena sustitutiva de reclusión parcial domiciliaria nocturna. En contra de esta sentencia recurrió el apoderado del condenado, invocando la causal del artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 en sus letras c) del Código Procesal Penal.

**SEGUNDO:** Que, la sentencia en el considerando noveno, tuvo por acreditados los hechos de acuerdo con el requerimiento fiscal, según los cuales a lo menos en dos ocasiones durante el año 2016, doña J. M. R. fue objeto de maltrato físico y psicológico por parte de su conviviente y padre de dos hijos en común, el imputado B. Z. B., hechos ocurridos en la comuna de Los Lagos en los meses de Febrero y Mayo de dicho año, consistentes en insultos y agresiones físicas en distintas partes del cuerpo, en el contexto de episodios de

celos y el estado de ebriedad en que se encontraba del requerido, existiendo además una serie de denuncias en el Juzgado de Letras y Familia de Los Lagos por episodios similares. Se tuvo presente que los hechos descritos en el requerimiento fiscal lo son a modo de ejemplo, toda vez que atendida la naturaleza del delito de maltrato habitual, se produce un clima de agresión material y psíquica permanente en el tiempo, lo cual no exige que la imputación detalle cada uno de los episodios ocurridos durante el periodo en que se ejerce el maltrato, sino que se describa la conducta y se muestre mediante la ejemplificación de alguna de ellas. Se precisó en este considerando, que solo se ejemplificó con el episodio del que da cuenta la última denuncia correspondiente a Mayo del año 2016, por remisión de los antecedentes que hicieron el Juzgado de Familia, atendido que el imputado persistía en sus insultos, descalificaciones, humillaciones, agresiones y amenazas en contra de la víctima, haciéndose referencia también a las diversas denuncias sobre violencia intrafamiliar iniciadas contra el requerido en el Juzgado de Letras y Familia de Los Lagos.

**TERCERO:** Que, en el considerando séptimo, la sentencia consignó la prueba presentada por el Ministerio Público, la primera de las cuales consistió en la declaración de un Carabinero, que se refirió a la denuncia de la víctima deducida en contra de su pareja e imputado, por un maltrato ocurrido el 16 de Julio de 2016. Rindió asimismo prueba documental la que consistió en: a) Denuncia por violencia intrafamiliar relajada por la coordinadora del Centro de la Mujer de la ciudad de Valdivia al Juzgado de Los Lagos de fecha 27 de Mayo de 2016, la que fue leída y transcrita; b) Acta de audiencia preparatoria en causa RIT F-88-2016 de fecha 2 de Junio de 2016, remitida por el Tribunal de Familia de Los Lagos al Ministerio Público de esa comuna; c) Certificación de fecha 1° de Junio de 2016 del Secretario subrogante del Tribunal de Familia de la comuna de Los Lagos, que da cuenta de las causas existentes en dicho tribunal; d) Acta de declaración voluntaria prestada por el requerido B. Z. B. con fecha 16 de Junio de 2016, ante personal policial de la Segunda Comisaría de la comuna de Los Lagos; e) Declaración prestada por la víctima ante el Ministerio Público el día 13 de Junio de 2016 en dependencias de la Fiscalía de Los Lagos y f) Oficio de fecha 24 de Marzo de 2017, emitido por el Psicólogo del Cesfam de la comuna de Los Lagos, que da cuenta de las atenciones referidas por la víctima. El imputado no rindió prueba y renunció a su derecho a guardar silencio, según se expuso en el Considerando Quinto.

**CUARTO:** Que, el recurso, invocó para recurrir la causal del artículo 374 letra 3) del Código del Procedimiento Penal, en relación con el artículo 342 letra c) del mismo cuerpo legal, por estimar que la sentencia en el análisis de sus pruebas y para lograr la convicción de condena, se basó solamente en la prueba documental, reemplazando de manera ilegal la falta de prueba testimonial, infringiendo de este modo el artículo 331 del mismo Código. Estima que no han concurrido los presupuestos de ninguna de las 5 circunstancias a que alude dicha disposición legal, para que sea procedente la reproducción de declaraciones anteriores en la audiencia de juicio oral.

**QUINTO:** Que, en el considerando décimo, la sentencia ponderó la prueba presentada por el Ministerio Público, precisando que para proceder a una condena por el delito de maltrato habitual previsto y sancionado en el artículo 14 en relación con el N° 5° de la ley 20.066, se debe acreditar los actos constitutivos de violencia intrafamiliar y que sea reiterado. La sentencia para ello se remitió a la declaración prestada por la víctima en Fiscalía el 13 de Julio de 2016, el que describe determinados episodios, los que coinciden con la denuncia efectuada por el Centro de la Mujer, al que se ha hecho ya referencia. Frente a la ausencia de la víctima a declarar, el fallo tuvo presente que en esta clase de delitos esta situación es recurrente.

Refiriéndose al resto de la prueba documental, la sentencia indicó que esta avanza en el mismo sentido de la anterior, resaltando la certificación del Juzgado de Familia y el acta de la audiencia realizada en dicho tribunal.

**SEXTO:** Que, el artículo 340 del Código Procesal Penal y a propósito de la convicción del Tribunal, dispone que nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido más allá de toda duda razonable, la convicción que se cometió el hecho punible y le hubiere correspondido al acusado una participación culpable penada por la ley. El tribunal debe formar su convicción sobre la base de la prueba rendida. Lo expuesto en los considerandos precedentes, permiten establecer que el tribunal cumplió con la exigencia del artículo 297 del Código Procesal Penal, en cuanto al señalamiento de los medios de prueba por el cual dio por acreditado los hechos probados, indicando al efecto la prueba documental presentada. Según ya se expuso, en el considerando decimo la prueba fue ponderada de acuerdo con su procedencia, razonando que si bien se trata de relatos de la víctima contenidos en prueba documental, reproduce lo que esta declaró ante el Ministerio Público, resaltando los detalles entregados, otorgando credibilidad y coherencia a sus dichos, lo que se complementa y ratifica con el resto de la prueba documental. En este contexto, la prueba fue analizada de acuerdo con la exigencia del artículo 342 del Código Procesal Penal, específicamente y respecto del recurso, en su letra c), valorándose la prueba conforme las reglas de la sana crítica.

**SÉPTIMO:** Que, en relación con el cuestionamiento del recurrente en orden a que la prueba documental presentada provocaría el reemplazo de la prueba testimonial, sin que se reúnan aquellas condiciones que admite el artículo 331 del Código Procesal Penal para su reproducción, debe considerarse al efecto que la prueba documental fue múltiple, destacando aquella que fue remitida por el Juzgado de Familia de Los Lagos, la cual otorga certeza en cuanto a su existencia y contenido, por cuanto refiere una audiencia en la cual estuvo presente el acusado, quién incluso prestó declaración en ella, lo cual revistió de plausibilidad al razonamiento de la sentencia contenido en el considerando décimo, según lo fuera ya indicado.

Se sumó a lo anterior las certificaciones del tratamiento psicológico recibido por la víctima a través de tiempo por estos hechos. La lógica y máximas de la experiencia permitieron entonces al sentenciador, arribar a la convicción más allá de la toda duda razonable de la participación culpable del acusado en el delito que le fue imputado, por tratarse de conductas reiteradas acreditadas con la documentación presentada en el juicio.

**OCTAVO:** Que, conforme lo razonado, la sentencia no incurrió en la causal de nulidad del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, cumpliendo con todas las exigencias del artículo 342 y en cuanto a la valoración de la sentencia, se hizo del modo que lo dispone el artículo 297 de ese cuerpo legal. Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 372 y 384 del Código Procesal Penal, se declara que se **RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado Benedicto Miguel Zúñiga Belmar, en contra de la sentencia de fecha veintiséis de Octubre de dos mil dieciocho, dictada por el Juez Subrogante del Juzgado de Garantía de Los Lagos. Regístrese y comuníquese.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 228-2018

**Ruc:** 1800088133-K

**Delito:** Tráfico Ilícito de Estupefacientes.

**MINISTERIO PÚBLICO.**

**41.- Rechaza recurso de nulidad presentado por el Ministerio Público contra sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia por la que se absuelve a imputado por delito de tráfico ilícito de estupefacientes por no superar el estándar legal requerido al carecer de un análisis pericial del grado de pureza. (CA Valdivia 24.12.2018 rol 228-2018)**

**Normas asociadas:** CPP art.352; CPP art.372; CPP art.373 b; L20000 art.4.

**Tema:** Recursos; Prueba; Ley de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Duda razonable; Toxicología; Tráfico ilícito de drogas.

**Magistrados:** Juan Ignacio Correa Rosado; Macia del Carmen Undurraga Jensen; Ricardo Adolfo Hernández Medina.

**SINTESIS:** El Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valdivia absuelve a imputado por delito de tráfico ilícito de estupefacientes, bajo el argumento de que los hechos no permiten superar con el estándar legal requerido, de la duda razonable, al carecer de un análisis pericial porcentual del grado de pureza de la droga incautada. Ante esto el Ministerio Público recurre de nulidad por errónea aplicación del derecho, estimando que los sentenciadores infringieron el artículo 4 de la ley 20.000, toda vez que del texto se puede advertir que la pureza de la sustancia no es una exigencia de ese tipo penal ni tampoco indispensable para determinar la antijuridicidad de la conducta que describe, ya que basta para estar ante una sustancia prohibida que ésta provoque dependencia física o síquica, sea o no capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. La Corte rechaza el recurso por considerar que es indudable que las cantidades de droga incautada deben tener la aptitud de producir dependencia física o síquica, susceptibles de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud de las personas y ese hecho material debe ser fehacientemente establecido en el juicio con las respectivas pericias de los organismos competentes, siendo insuficiente para el efecto las puras apreciaciones o estimaciones de los declarantes. Por lo que se confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal del grado. (Considerandos: 1; 3; 5).

**TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, veinticuatro de diciembre de dos mil dieciocho.

**Vistos:**

Que don Gonzalo Valderas Aguayo, Fiscal Adjunto del Ministerio Público de la Fiscalía Local de Valdivia, en causa RIT 228-2018 del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, por delito de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades, de conformidad a lo

dispuesto en los artículos 352 y 372 del Código Procesal Penal interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de fecha 31 de octubre de 2018, que absolvió al imputado A. L. P., del delito materia de la acusación.

Conforme al artículo 378 inciso segundo del Código Procesal Penal, funda el recurso en la causal establecida en el artículo 373 letra b) de ese Código, esto es, la errónea aplicación del derecho en la dictación de la sentencia, que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación con el artículo 4 de la Ley No 20.000.

Como antecedentes del recurso de nulidad señala que el Ministerio Público presentó acusación en contra del imputado A. L. P., señalando que el 25 de enero de 2018, alrededor de las 04,10 horas, Carabineros sorprendió al acusado, en calle R. Schneider con calle Santa Laura, vendiendo droga a un tercero. Al ver esa acción, Carabineros intentó controlar la identidad de ambos sujetos, los que se dieron a la fuga; en calle Omar Grenzi esquina Ludovico Barra, efectuaron el control de identidad al acusado, hallando en su poder un revólver a foguero con tres municiones en su interior; en el bolsillo izquierdo de su pantalón se le encontraron 41 envoltorios de papel metálico, contenedores de una sustancia vegetal, *Cannabis Sativa* elaborada, cuyo peso bruto fue de 23,900 gramos; además, se encontró en su poder \$22.000 en dinero, producto de la venta de droga; también se le encontró una pesa digital marca Kenex, que utilizaba para la dosificación de la droga. La droga incautada era mantenida, guardada, poseída, transportada y comercializada por el acusado a terceros, sin autorización y sin que estuviera destinada para el tratamiento médico o para el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

El Ministerio Público calificó los hechos como delito consumado de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, sancionado en los artículos 4 y 1 de la Ley No 20.000, atribuyendo al imputado participación de autor, según el artículo 15 N°1 del Código Penal.

En el considerando noveno la sentencia recurrida estimó acreditados los hechos señalados; no obstante, dictó sentencia absolutoria, señalando que los hechos no permiten superar con el estándar legal requerido, de la duda razonable, al carecer de un análisis pericial porcentual del grado de pureza de la droga incautada y su posible adulteración con otro ingrediente. La descripción de la sustancia en el protocolo de análisis, es que se está en presencia de *cannabis sativa*, pero no indica el grado de pureza o concentración del elemento químico que es legalmente considerado como dañino para la salud, específicamente el THC.

La sentencia señala que, como lo ha sostenido la Excma. Corte Suprema, la inexistencia de la indicación de la pureza de la droga, importa un incumplimiento de la exigencia legal, de manera que el tribunal no puede determinar si dicha sustancia tiene o no la idoneidad o aptitud para producir graves efectos tóxicos o considerables en la salud pública, con efectivo peligro del bien jurídico protegido.

Señala que el sentenciador transcribió los incisos 1 y 2 del artículo 4 de la Ley No 20.000 y el artículo 43 inciso primero, señalando que esa información es relevante ya que se puede concluir el grave daño para la salud de la sustancia, elemento del tipo penal señalado en el artículo 1 al que se remite el artículo 4; la sentencia expresa que en este caso, más aun tratándose de una exigua cantidad de 20 gramos de droga, la determinación de su pureza es relevante para comprender la eventual lesividad y el grado de vulneración del bien jurídico protegido, la salud pública, pues si la droga pura que se extrajese de dicha sustancia fuese de un valor ínfimo, debiese descartarse tal afectación.

Transcribe la consideración de la sentencia que refiere jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, y que señala que la inexistencia de la indicación de la pureza de la droga implica un incumplimiento de la exigencia legal, por lo que el tribunal no puede determinar si esa sustancia tiene o no la aptitud para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública, con efectivo peligro del bien jurídico protegido, procediendo en consecuencia la absolución, según el artículo 340 del Código Procesal Penal, siendo irrelevante el informe de daño y peligrosidad acompañado.

Luego, se refiere a la forma en que se configura la causal de nulidad invocada, señalando que la sentencia realizó una errónea aplicación del derecho, ya que la conducta que da por establecida en su fundamento noveno, es calificada como atípica, a pesar de reunir todos los elementos del tipo penal objeto de acusación, tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, haciendo errónea aplicación del artículo 4 de la Ley No 20.000.

Señala que el artículo 1 de dicha ley alude a las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

Estima que del texto del artículo 4 es posible advertir que la pureza de la sustancia no es una exigencia de ese tipo penal ni tampoco indispensable para afirmar la antijuridicidad de la conducta que describe, ya que basta para estar ante una sustancia prohibida que ésta provoque dependencia física o síquica, sea o no capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, y que se encuentre incorporada en el reglamento de la ley. La propia Ley No 20.000, en su artículo 63, ha establecido que un reglamento señalará las sustancias a que se refiere el artículo 1 del referido cuerpo legal, dictándose el D.S. 867 del año 2008, que reemplazó al D.S. 565 del año 1995, que clasifica las sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica en dos listas (artículos 1° y 2°), dependiendo de si son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud o no, haciendo mención a lo preceptuado en el inciso primero del artículo 1° de la Ley 20.000. La *cannabis sativa* se encuentra contemplada en el artículo 1° del Reglamento, entre aquellos estupefacientes o sicotrópicos capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

Luego, estima que la presencia de *cannabinoles* es suficiente para calificar la sustancia como de aquellas que constituyen el objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas y para afirmar el peligro del bien jurídico salud pública, lo que ocurrió en este caso según se probó con los protocolos de análisis químico incorporado al juicio como prueba.

En relación con la descripción del injusto de tráfico de pequeñas cantidades de drogas, del artículo 4 de la Ley No 20.000, señala que si bien alude a la pureza del estupefaciente, no lo hace a propósito de la figura típica, sobre la cual el legislador sólo se refiere a una "*pequeña cantidad*" del alucinógeno, concepto regulativo cuyo contenido queda entregado a los jueces de la instancia. Por otro lado, estima inconcuso que lo incautado fue *cannabis sativa*, sustancia capaz de producir daños considerables a la salud conforme con el reglamento de la ley y así consta con la evidencia producida en juicio, esto es, los protocolos de análisis de las muestras incautadas que acreditan la presencia de sus principios activos.

Señala que el protocolo de análisis a que alude el artículo 43 de la Ley N° 20.000 no altera lo que antes se ha dicho, ya que no está destinado a cumplir el rol que el fallo pretende y prueba de ello es que se está regulado en el título sobre competencia del Ministerio Público y específicamente en el párrafo sobre "medidas para asegurar el mejor resultado de la

investigación”; luego, los elementos que allí se enuncian y sobre los cuales ha de pronunciarse el Servicio de Salud -peso, cantidad, composición y grado de pureza- le permiten al Juez un mejor conocimiento de las características de la droga incautada, pero no sirven para concluir que por esas características, la sustancia deje de ser tal.

Señala a mayor abundamiento, que en juicio expuso el perito Adolfo Lira, quien elaboró el Protocolo de Análisis No 70/2018, describiendo el decomiso enviado para su análisis, como hierba elaborada, con una identificación farmacológica de *Cannabis Sativa* Positiva, concluyendo que presentan las características de la *Cannabis Sativa L*, indicando además, que “*la muestra se veía bastante limpia, sin procesar o con aditivos*”.

Destaca que la sustancia incautada era hierba elaborada; la descripción que de ella hace el perito, a juicio del recurrente es suficiente para tenerla por tal; además, la Sargento Abarzúa Sepúlveda, que practicó el pesaje y la prueba de campo, dijo que se trataba de cogollos por el olor fuerte, indicando que era marihuana elaborada, es decir, marihuana natural, sin sustancias que la alteren; y el químico farmacéutico, Nelson Pardo, que recibió el decomiso en el Servicio de Salud, afirmó que se trataba presumiblemente de cannabis sativa elaborada, sin aditivos.

Señala que es incuestionable que lo incautado era cannabis pura, solo procesada para sacarla de la planta y en esas condiciones provocar graves efectos tóxicos, sin que sea necesario determinar su grado de pureza ya que estaba en estado natural.

Estima que la determinación precisa de los componentes de la *cannabis sativa* pudiera ser relevante en otras circunstancias, como cuando la droga ha estado mezclada con otra sustancia y no fuera posible determinar en concreto cuánto daño a la salud puede producir, que no es este caso, por lo cual considera inocua la discusión planteada por la defensa sobre diversos fallos de la Corte Suprema que habrían adoptado el criterio de exigir la determinación de la pureza de la droga, frente a un criterio más reciente de considerarlo solo en algunos casos, entre los cuales de todas maneras no se encuentran las situaciones como la de la presente causa, ya que el porte de la droga estaba acompañado además del porte de elementos conocidamente destinados al microtráfico, como una balanza digital; y elementos destinados a garantizar la seguridad de los traficantes, como un revolver de fogeo con apariencia de un arma de fuego real.

Acogiendo el criterio de tratarse de *cannabis sativa* elaborada, hay ausencia de mezcla con otras sustancias, como se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Valdivia, rechazando un recurso de nulidad contra un fallo condenatorio.

Señala que de no haberse producido el error en la aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, el fallo debiera haber sido condenatorio y no absolutorio como ocurrió en la especie.

Solicita acoger el recurso de nulidad, por la causal invocada del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal y se invalide la sentencia, el respectivo juicio oral y se reenvíen los antecedentes al tribunal no inhabilitado para la realización de una nueva audiencia de juicio oral, determinando el estado en que debe quedar el procedimiento.

En la audiencia llevada a efecto ante esta Corte el cinco de diciembre de dos mil dieciocho para conocer del recurso, los intervinientes, el Abogado don Gonzalo Valderas Aguayo por el Ministerio Público y el Abogado don Pablo Ardouin Bórquez por el imputado, expusieron

sus argumentos: la Fiscalía reiteró su solicitud de nulidad y sus fundamentos, y la Defensa solicitó su rechazo.

#### **OIDOS LOS INTERVINIENTES Y TENIENDO ADEMÁS PRESENTE:**

**PRIMERO:** Que el Ministerio Público ha pedido la invalidación de la sentencia invocando la causal establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, por estimar que en el pronunciamiento de la sentencia, los sentenciadores hicieron una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

El recurrente estima que se infringió el artículo 4 de la Ley No 20.000, al dictar sentencia absolutoria no obstante haber sido establecido en el juicio que el imputado portaba *cannabis sativa*.

**SEGUNDO:** Que es relevante tener en cercana consideración la regla establecida en el artículo 4 de la Ley No 20.000, que el recurrente reputa infringida, la que dispone que *“el que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1o, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.*

*En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro.*

*Se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso*

*o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título.”*

Complementando la figura descrita en el artículo 4, el artículo 1 incisos 1 y 2 de ese texto legal, establece que *“los que elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, sin la debida autorización, serán castigados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.*

*Si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, podrá rebajarse la pena hasta en un grado.”*

El recurrente señala que de esa norma resulta que la pureza de la sustancia no es una exigencia de ese tipo penal ni tampoco indispensable para afirmar la antijuridicidad de la conducta que describe, ya que basta para estar ante una sustancia prohibida que ésta provoque dependencia física o síquica.

**TERCERO:** Que, como señala el recurrente, puede sostenerse sin lugar a equívocos, que la acción típica descrita en la regla transcrita, está constituida por el hecho material de poseer, transportar, guardar o portar pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, o de materias primas que sirvan para obtenerlas.

Sin embargo, de la figura típica que la norma describe, resulta ineludible concluir que las pequeñas cantidades de drogas estupefacientes o sicotrópicas, deben tener la aptitud de producir dependencia física o síquica, susceptible de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud en las personas y ese hecho material debe ser fehacientemente establecido en el juicio con las respectivas pericias de los organismos competentes, siendo insuficiente para establecer esa particularidad de las respectivas sustancias, las puras apreciaciones o estimaciones de los declarantes como acontece en este juicio y que el mismo recurrente reproduce.

Tales apreciaciones, que provienen de personas ajenas a la cualidad institucional que impone el artículo 43 de la Ley No 20.000, no pueden provocar la persuasión de los sentenciadores en el sentido que el producto y su naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como, asimismo, la información sobre los componentes tóxicos y sicoactivos asociados y los efectos que produce, tienen la aptitud de producir dependencia física o síquica, susceptible de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud en las personas, que esa disposición exige.

**CUARTO:** Que, en consecuencia, si no se ha establecido de ningún modo en el juicio que la droga incautada al imputado provocaba los maléficos efectos de producir dependencia física o síquica, susceptible de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud en las personas, que la ley señala, no es posible concluir que en este caso se ha tipificado la acción que la norma describe, por lo que no se advierte que los sentenciadores hayan incurrido en una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, como el recurrente ha denunciado; por lo demás, así ha sido resuelto en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia.

**QUINTO:** Que en cumplimiento del deber de fundar afanosamente las sentencias, este Tribunal observará que si bien la materia debatida en estos autos ha sido objeto de interpretaciones diversas, admitiéndose que es posible prescindir de aquellos informes previstos en el artículo 43 citado para establecer que las respectivas sustancias provocan dependencia física o síquica, y que son susceptibles de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud en las personas, deberá convenirse que tratándose de la persecución criminal del tráfico de drogas, es posible y necesario soslayar esos informes cuando claramente las pruebas del juicio provocan persuasión en el sentido que en el caso particular, aun tratándose de pequeñas cantidades de drogas, cada imputación es parte de una articulación para la eficiente persecución delictual orientada al desbaratamiento de organizaciones criminales o delincuentes prominentes del área del tráfico de drogas, de manera que sea plenamente justificada en los hechos el despliegue de los recursos humanos y materiales invertidos, de modo tal que la situación presente la singularidad de ofrecer resultados persecutorios fructíferos.

En tales circunstancias se atenderán las circunstancias relativas al sujeto activo y a las modalidades de ejecución del delito, tales como la condición patrimonial, lugar de su comisión, forma de distribución de la droga y otros elementos análogos susceptibles de ser utilizados, cuando no ha sido posible establecer institucionalmente la peligrosidad para la salud pública que esa disposición exige en las sustancias incautadas.

Tales circunstancias no son susceptibles de ser apreciadas en este caso, por lo que el recurso de nulidad deberá ser rechazado.

Por los motivos expuestos y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 y 384, todos del Código Procesal Penal, se **rechaza** el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia definitiva de fecha 31 de octubre de 2018, la que, en consecuencia, no es nula.

Se condena en costas al recurrente por estimar que ha carecido de motivo plausible para recurrir.

**No 874-2018 Penal.**

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 1600679838-5.

**Ruc:** 217-2018

**Delito:** Abuso Sexual de Menor de Catorce Años – Violación Tentado Contra menor de catorce años

**Defensor:** Felipe Saldivia Ramos.

**42.- Rechaza recurso de nulidad interpuesto contra sentencia que condena a imputado por los delitos de abuso sexual de menor de catorce años y violación de menor de catorce años en grado de tentado. La defensa recurre de nulidad por el artículo 374 e y 373 b. (CA Valdivia 18.12.2018 rol 217-2018)**

**Normas asociadas:** CPP art.373 b; CPP art.374 e; CPP art.342 c; CPP art.297.

**Tema:** Recursos; Delitos sexuales.

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Errónea aplicación del derecho; Abuso sexual; Delito tentado.

**Magistrados:** Marcia del Carmen Undurraga Jensen; Claudio Roberto Novoa Araya; Ana María León Espejo.

**SINTESIS:** El Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valdivia condena a imputado por los delitos de abuso sexual contra menor de catorce años y violación en grado de tentado, a las penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio respectivamente. Ante la sentencia la defensa recurre de nulidad por el artículo 374 letra e estimando que los sentenciadores infringen los principios de valoración de la prueba, por cuanto la sentencia ha declarado convicción de culpabilidad en base a la declaración de la víctima, calificando la misma como consistente, clara, precisa y dotada de coherencia interna y externa; en circunstancias que tales características no se verifican. Como causal subsidiaria se alega la errónea aplicación del derecho en relación a la calificación jurídica de uno de los hechos como delito de violación tentada, debiendo o pudiendo considerarse como un episodio más de abuso sexual. La corte rechaza el recurso de nulidad presentando en ambas causales, toda vez que estima por no justificado el reproche a la sentencia, ya que el relato de la víctima ha sido apoyado por otros medios de prueba que aportan a su verosimilitud, respecto a la segunda causal la Corte estima que dada la dinámica de los hechos es posible calificarlos como constitutivos del delito de violación, toda vez que el acusado puso su pene en la boca de la menor, elemento que necesariamente lo distingue de los otros episodios descritos por la víctima, siendo elemento típico del delito de violación el acceso carnal. Se confirme la sentencia de primera instancia concluyéndose que los sentenciadores no han incurrido en alguna de las causales de nulidad invocadas. (Considerandos: 2; 3; 4 y 5)

**TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho.

**VISTOS:**

En fecha seis de diciembre de dos mil dieciocho, se llevó a efecto audiencia para conocer de recurso de nulidad interpuesto por el abogado don Felipe Andrés Saldivia Ramos, en contra de la sentencia de fecha tres de noviembre de dos mil dieciocho, dictada en autos RIT 217-2018 y RUC 1600679838-5 del Tribunal de Juicio Oral En Lo Penal de Valdivia, en Segunda Sala, presidida por doña Pamela Lobos Saavedra, Jueza Destinada, e integrada por doña Cecilia Samur Cornejo y por don Carlos Flores Valenzuela, jueces titulares; y por la cual se condenó a don J. M. A. a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor de delito de abuso sexual de menor de catorce años en carácter de reiterado, y a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor de delito tentado de violación de menor de catorce años. Se le imponen además las penas de artículo 372 del Código Penal, y el pago de las costas del proceso.

Se invoca como causal de nulidad principal, la prevista en artículo 374, letra e) del Código Procesal Penal, en relación con artículos 342, letra c) y 297 del mismo cuerpo legal. Subsidiariamente, se invoca causal de nulidad de artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal.

En la audiencia comparecen y alegan por la defensa recurrente el abogado don Felipe Andrés Saldivia Ramos, y por el Ministerio Público la abogada doña Macarena Pérez Segura. La defensa solicita se declare nulidad de la sentencia recurrida, fundada primeramente en la causal de letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación con letra c) del artículo 432 y con artículo 297, todos del mismo Código. A tales efectos, “Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 432, letras c), d) o e)”. El artículo 432 señala en su letra c) la obligación de contener la sentencia: “La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamenten dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en artículo 297”. Por su parte, el citado artículo 297 del Código Procesal Penal estipula que “...Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.”

La sentencia recurrida, en su Considerando Décimo, establece como premisa lo que en realidad resulta ser un prejuicio, declarando que los hechos constitutivos de atentado en contra de la libertad o indemnidad sexual ocurren en ámbitos relativamente reservados. Esta declaración es base para hipervalorar la declaración de la víctima, señalando que ella constituye prueba suficiente por estar dotada de consistencia, claridad, precisión, coherencia interna y externa.

Sin embargo, la defensa recurrente estima que la prueba de cargo no cumplió con tales requisitos, y el tribunal subsidia sus yerros, imprecisiones y olvidos, indicando que se deben a dificultades emocionales y al tiempo transcurrido. A tal efecto, el perito psicólogo Molina Ferrada reconoce una situación de vulnerabilidad en la historia vital de la víctima, ajena a episodios lesivos en la esfera sexual, que igualmente pueden resultar en estrés post traumático. Por lo que el cumplimiento de los requisitos del artículo 342, letra c) del Código

Procesal Penal resulta meramente formal. Tampoco se indican en el fallo razones legales ni doctrinarias que funden las conclusiones.

Respecto de la causal de nulidad subsidiaria, se plantea un concurso aparente de delitos, ya que el imputado ha sido condenado por delito de abuso sexual reiterado, pero además por un delito de violación en grado de tentado. Respecto del segundo delito, la tentativa de violación puede ser resuelta como un episodio más de abuso sexual consumado, con lo cual sólo se aplicaría la primera de las penas ya decretadas, como sanción por delitos de abuso sexual reiterados. Al haberse considerado dos figuras punibles diversas, se ha impuesto una pena final superior a la que habría correspondido de haberse calificado como reiteración de abuso sexual reiterado.

Pide se acoja la causal de nulidad principal, anulando el juicio y la sentencia definitiva, ordenando la realización de nuevo juicio por tribunal no inhabilitado; o en subsidio, acogiendo la segunda causal de nulidad, se dicte sentencia de reemplazo condenando únicamente por delito de abuso sexual reiterado. A la pena de cinco años y un día de presidio mayor en grado mínimo y accesorias.

El Ministerio Público insta por el rechazo del recurso de nulidad, señalando que la sentencia se hace cargo de toda la prueba, y ha absuelto al imputado respecto de uno de los delitos materia de la acusación, lo que contradice la aseveración de que se ha hipervalorado la declaración de la víctima. En los delitos materia de la condena, las declaraciones de la víctima son coherentes, resaltando el hecho de que la primera revelación se produce en el año 2.014. Las secuelas de daño psicológico han sido ratificadas por el profesional perito. Respecto del delito de violación en grado de tentativa, se trató de un episodio único y que difiere de los anteriores, al punto de no poder ser considerado como otro abuso sexual.

#### **OIDOS LOS INTERVINIENTES, Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que la primera causal de nulidad invocada por la defensa, es la de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, la cual resulta aplicable por omisión de requisitos, entre otros, el de la letra c) del artículo 342 del mismo cuerpo legal, las que determinan que la sentencia debe contener *“La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297.”*

A su vez, el artículo 297 del Código Procesal Penal, en su inciso final, señala que *“La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por probados los hechos. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.”*

**SEGUNDO:** El recurrente estima infringidos los principios de valoración de la prueba, por cuanto la sentencia ha declarado convicción de culpabilidad en base a la declaración de la víctima, calificando la misma como consistente, clara, precisa y dotada de coherencia interna y externa; en circunstancias que tales características no se verifican.

**TERCERO:** Cabe tener presente que la causal de nulidad invocada refiere a falencias en la exposición de los hechos, los medios de prueba y valoración de los mismos conforme a las reglas de la sana crítica. En cuanto a la exposición de los hechos acreditados y los medios de prueba con los cuales se arriba a las conclusiones fácticas, se observa que la sentencia contiene en Considerando Sexto la relación de la prueba rendida por el Ministerio Público, y en el Considerando Séptimo se contiene y reproduce la prueba rendida por la defensa. En cada caso, se refiere pormenorizadamente y reproduce el contenido de cada medio de prueba, y respecto de la testimonial, se transcriben las preguntas y contra interrogaciones. El Considerando Noveno, por su parte, declara los hechos que han de

tenerse por acreditados. En el presente recurso, no se explicita ninguna omisión en la que el tribunal pudo haber incurrido en cuanto a la exposición de la prueba producida, ni tampoco respecto del establecimiento de hechos.

**CUARTO:** El presente recurso impugna derechamente la valoración de la prueba rendida, y cuestiona el razonamiento con que la sentencia fundamenta su convicción de condena, atribuyendo dicha convicción a una hipervaloración de los dichos imprecisos de la víctima. Sin embargo, cabe observar que el reproche penal se declara en consideración a la concordancia de los hechos relatados por la víctima con otros antecedentes relevantes, como la época de la primera develación, ya en el año 2.014, y la coherencia expresada incluso en la omisión u olvido de circunstancias accesorias del relato, cuya verosimilitud es apoyada por las conclusiones del informe pericial psicológico. En efecto, la coherencia de un relato no se constituye necesariamente por su inalterabilidad, sino por la verosimilitud de las vivencias expresadas, entendiéndose que un relato sincero admite cierto grado de imprecisión, omisiones u olvidos propios del transcurso del tiempo y la afectación emocional. De no ser así, podría cuestionarse de igual forma la poca fiabilidad que presenta un relato minucioso y perfectamente articulado, cuando versa sobre hechos traumáticos remotos, por sugerir un constructo artificial. Es así como en el presente caso, el tribunal en su fallo no subsidia las falencias que la defensa advierte en la declaración de la víctima, sino que aplica racionalmente las reglas de la lógica y máximas de la experiencia, como lo exige al artículo 297 del Código Procesal Penal.

**QUINTO:** Como causal de nulidad subsidiaria, se ha alegado errónea aplicación del derecho, y dice relación con la calificación jurídica de uno de los hechos como violación tentada, debiendo o pudiendo considerarse como un episodio más de abuso sexual. En este punto, debemos remitirnos a la descripción del hecho que se ha tenido como acreditado, en el Considerando Noveno: *“En una ocasión, dentro del mismo período antes señalado, encontrándose víctima y acusado al interior de la casa habitación ubicada en la parte posterior del sitio, el acusado puso su pene en la boca de la menor.”* Cabe señalar que, tratándose de la causal de errónea aplicación del derecho, debe asumirse necesariamente la intangibilidad de los hechos que se han tenido por acreditados. En cuanto a la dinámica que se describe para este hecho específico, el Considerando Duodécimo se ocupa de analizar los elementos que necesariamente lo distinguen de los otros episodios descritos por la víctima, y refiere que el acusado pidió que la víctima le practicara sexo oral, para lo cual puso su pene en la boca de la niña.

**SEXTO:** Siendo elemento típico y propio del delito de violación el acceso carnal, la sentencia en éste punto declara que dicho acceso no pudo determinarse precisamente, ya que el relato se limita a señalar que el acusado “puso su pene en la boca”, pero no obstante, el propósito manifiesto en dicha acción era el acceso carnal, dado que el agresor le pide a la niña “que le chupe el pene”. Efectivamente, debemos concordar en que la petición expresa que refiere la víctima por parte del agresor, transgrede en mayor medida el bien jurídico protegido, libertad e indemnidad sexual, distinguiéndose como tipo penal de mayor gravedad que las acciones tipificadas como abuso sexual. Por lo que no existe errónea aplicación del derecho, al caracterizar como violación en grado de tentativa, el hecho único descrito como diverso de los abusos sexuales reiterados, materia de acusación y sancionado en el fallo recurrido.

**SÉPTIMO:** En el orden de ideas planteado, deberá concluirse que no se ha incurrido en la dictación de la sentencia en la causal de nulidad invocada como principal, ni tampoco en la que se alega como subsidiaria, por lo que se desestimaré el recurso deducido. Con lo

expuesto y de conformidad con lo establecido en los artículos 372, 374 y 378 y siguientes del Código Procesal Penal, se declara:

**SIN LUGAR** el recurso de nulidad deducido por la defensa del condenado Juan Alberto Mendoza Aguillón, en contra de la sentencia de autos, dictada en fecha tres de noviembre de dos mil dieciocho, la que no es nula.

Redactada por el Abogado Integrante don Claudio Novoa Araya.

Regístrese y comuníquese.

N°Penal-879-2018.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 175-2018

**Ruc:** 1600673767-K

**Delito:** Abuso sexual reiterado en contra de menor de catorce años.

**Defensor:** Mauricio Aguilera.

**43.- Acoge recurso de nulidad contra sentencia que condena a imputado como autor del delito de abuso sexual contra menor de catorce años; sin que conste en juicio testimonio de la víctima o de personas de su círculo cercano, teniendo como suficiente la declaración de testigos de oídas. (CA Valdivia 27.12.2018 rol 175-2018)**

**Normas asociadas:** CPP art.374 e; CPP art.342 c; CPP art.297

**Tema:** Recursos; Delitos sexuales; Prueba.

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Prueba indirecta; Abuso sexual.

**Magistrados:** Marcia Undurraga Jensen; Juan Ignacio Correa Rosado; María Heliana del Río.

**SINTESIS:** Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valdivia condena a imputado por delito de abuso sexual de carácter reiterado contra menor de catorce años. La defensa recurre de nulidad por el artículo 374 letra e, en relación a los artículos 342 letra c y 297 todos del Código Procesal Penal; por falta de fundamentación de la sentencia y vulneración a las normas de la sana crítica, toda vez que se habría condenado al imputado en base a los hechos probados con declaraciones de testigos indirectos y peritos; sin prueba testimonial de la víctima producida en juicio, ni del entorno de ésta y con la existencia además de un informe de credibilidad negativo. La Corte estima que realizado un examen bajo el prisma de la sana crítica, que debe guiar la ponderación de los antecedentes probatorios, se puede concluir que ha existido vulneración a lo que dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal y que sin duda la niña presunta víctima ha sido vulnerada en sus derechos en forma grave y reiterada tal como se desprende de la pericia psicológica, pero resulta contrario a la lógica establecer la condena en torno a la mermada prueba y de baja calidad que los sentenciadores pudieron apreciar durante el juicio oral. Por lo que se acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa y en consecuencia se anula el fallo recurrido y se retrotrae la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral. (Considerandos: 1; 2; 5; 6; 7 y 8).

#### **TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho.

#### **VISTOS:**

Con fecha dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, se llevó a efecto la audiencia ante este tribunal para conocer del recurso de nulidad interpuesto por don MAURICIO ANDRÉS AGUILERA OLIVARES, Defensor Penal Privado, en representación de don S. M. P., sentenciado en causa RIT 175-2018 / RUC 1600673767-K, por el delito de abuso sexual reiterado en contra de niña menor de 14 años.

#### **OIDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que la sentencia motivo del recurso condenó al imputado de la acusación por abuso sexual reiterado sostenida por el Ministerio Público.

**SEGUNDO:** Que la parte recurrente, funda el recurso de nulidad en el motivo absoluto de nulidad que contempla el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 342 letra c) y 297 del mismo texto legal. El Defensor desarrolla su recurso, exponiendo que, el vicio se manifiesta al haber sido condenado sin prueba testimonial producida por la víctima en juicio oral ni prueba testimonial producida por el entorno de la víctima. Manifiesta que su representado es condenado en base a que la sentencia considera uno de los testimonios de la víctima, que se allega al juicio por medio de testigos de oídas; haciendo caso omiso a 2 hechos totalmente ciertos; el primero es la frase final de la perito experta en “credibilidad del relato” que refiere la posibilidad cierta de que la víctima mienta, y, por otra parte, la idea de que existen en juicio variados relatos relativos a agresión sexual, que van desde agresiones de menor intensidad a relatos de violaciones diarias y al descampado. Los testigos de oídas son “oídos” de forma parcial; ya que dentro de lo que ellos exponen hay variadas situaciones pro imputado (como el ánimo ganancial de la víctima) derechamente no consideradas. La sentencia es lapidaria en torno a las argumentaciones de la defensa: “...*Subrayamos que los testimonios de expertos aportados por el ente acusador, revisten precisión y validez, resultando de la entidad y suficiencia necesaria para vencer el principio de inocencia que ampara al acusado, en lo que respecta al delito de abuso sexual reiterado. El relato base de la víctima transmitido por testigos de oídas plausibles y coherentes, no generaron en el delito referido, duda alguna en estos Jueces para adquirir la convicción que los hechos acontecieron de la manera descrita en la acusación fiscal y que al encartado Muñoz Palma, le cupo responsabilidad en los mismos.*

*Los cuestionamientos de la Defensa a la prueba rendida, no ha imposibilitado al Tribunal para arribar a la decisión de condena como se ha venido señalando en el cuerpo de esta sentencia...*” Recalca que esta idea central debe ser contrastada con la ubicación temporal de los hechos delictuales imputados, que desde ya, se exponen en extremo confusos, y, sin perjuicio de ello, se estiman con inmensa claridad por parte de los sentenciadores. Además recalca que el tribunal da por probados los siguientes hechos en circunstancias que no existe testimonio directo de la víctima, y, la resolución judicial se fundamenta en testimonios parciales e indirectos de la víctima, no dando justificación de porqué se opta por “tal parte del testimonio y por otra no”. Consigna que además; resulta cuestionable desde la mirada argumentativa, establecer como prueba relevante de un juicio la pericia de credibilidad del relato que, recuerda sólo aspectos contrarios a los intereses del imputado; y que, haciendo parte de la pericia toda la carpeta investigativa no refiere antecedentes de relevancia para el imputado. De hecho; la frase “no lo recuerdo” resultó ser la respuesta más común a las interrogaciones de la defensa. Añade que de un análisis de todos los testimonios referidos a situar las supuestas agresiones sexuales en tiempo; ¿Existe una uniformidad en los relatos?; la respuesta claramente es negativa. La duda razonable es una realidad en la causa. Esta infracción se presenta en dos niveles, uno normativo, y el otro procedimental o fáctica. Se pregunta el recurrente ¿La sentencia

contiene una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297?. La defensa derechamente sostiene un NO como respuesta. Para reforzar esta idea; otro pasaje de la sentencia: "...Analizando la confiabilidad de la versión de los testigos que reproducen la versión oída de la niña, éstos reúnen la suficiente objetividad y seriedad, pues de un modo plausible indicaron cómo accedieron a los dichos de la afectada; impresionando a estos sentenciadores, ya que contienen la descripción detallada de la dinámica abusiva y condiciones espaciales en que se produjeron; en opinión del Tribunal guarda la debida verosimilitud y coherencia quedando en evidencia que la ofendida inculpa al acusado en forma reiterada. Es dable sostener la idoneidad y fiabilidad del relato de los testigos antes señalados, pues provienen de profesionales totalmente desvinculadas emocionalmente con la ofendida, impresionaron serios y objetivos en sus afirmaciones, no advirtiendo en ellos ni en la víctima de quienes escucharon su relato la construcción de una versión falsa o manipulada con el único fin de perjudicar al enjuiciado..."

La frase "idoneidad y fiabilidad de los testigos proviene de profesionales desvinculados emocionalmente" no resulta ser más que una obviedad, y desconoce que son profesionales convocados a una intervención en contexto proteccional; olvidando que la develación se produce en un contexto en que la víctima llega a la atención en salud producto del embarazo provocado por su pololo, en una edad que perfectamente puede ser los 13 años. Solicita se acoja el recurso a fin de que se declare la nulidad de la sentencia y del juicio oral determinando el estado del procedimiento en que deba quedar y remita los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda.

**TERCERO:** Que el motivo de nulidad que contempla la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal dice relación con la "omisión", en la sentencia, del requisito de letra c) del artículo 342, disposición que señala que ésta debe contener *"la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueron ellos favorables o desfavorables al acusado y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297"*. De acuerdo con estas normas el tribunal debe: a) exponer los hechos y circunstancias que se dieron por probados (favorables o no al acusado) y b) valorar los medios de prueba que fundamenten tales conclusiones conforme lo que indica el artículo 297 del Código Procesal Penal, disposición que señala que los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; que el tribunal debe hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

**CUARTO:** Que como se razonó y fundamentó en los autos Rol 38- 2016 RPP, de esta I. Corte, las exigencias impuestas al sentenciador por los artículos 297 y 342 c) del Código Procesal Penal, se refieren a la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, que se caracteriza por *"la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad pero respetando, al explicar cómo llegó a ellas, los principios de la recta razón, esto es, las normas de la lógica (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación y los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontrarrestables de las ciencias (...) y la experiencia"*

común” (Cafferata Nores, José I. y Hairabedián Gogas, Maximiliano, La Prueba en el Proceso Penal, pág. 65-66). Además, *“los razonamientos que haga el juez deben encadenarse de tal manera que conduzcan sin violencia, “sin salto brusco”, a la conclusión establecida y sus juicios deben ser susceptibles de confrontación con las normas de la razón”* (González Castillo, Joel La Fundamentación de las Sentencias y la Sana Crítica, Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N1, pág. 100). Es decir, el Juez es libre para apreciar la prueba, teniendo como obligación principal argumentar circunstanciadamente las razones de su decisión, que deben fundarse en los antecedentes del proceso, respetando las reglas de la sana crítica, de modo que su raciocinio pueda ser entendido por un hombre medio.

**QUINTO:** Como ya se consignó, a juicio de la defensa, la valoración errada de la prueba hecha por los sentenciadores, queda de manifiesto en la decisión de condena sin los dichos de la víctima y con un informe de credibilidad negativo. De la sentencia, se lee de su considerando NOVENO, las razones que fueron de relevancia para los juzgadores en torno a su convicción pese a la ausencia de la joven y la prescindencia de su relato, sin perjuicio de lo cual llegan a la decisión de condena. Así se lee del citado motivo: *“Que, habiéndose expuesto y valorado todos los elementos de convicción es posible concluir, que el caso propuesto por el ente persecutor, alude a un delito que por lo general no deja huellas ni evidencias físicas y, que en el caso particular no se habría ejecutado en presencia de terceros; circunstancias que objetivamente complejizaron la acreditación de tales hechos. No obstante, siempre al enfrentar este tipo de hechos, resulta importante conocer la versión entregada por la víctima, quien en el presente caso resultó ser una niña de 14 años y meses a la fecha de en qué da curso a su denuncia finalmente y devela los hechos frente a la comisaría de la PDI de Los Andes y ante la asistente social, Andrea Cornejo del hogar residencial Nuestra señora de la Visitación de la comuna de San Felipe, círculo de contención de la niña. En este sentido, la declaración de la víctima, no pudo ser apreciada directamente por estos sentenciadores en juicio, en razón de no querer comparecer a juicio a pesar de estar notificada y habérsele proporcionado todos los recursos, costeadando sus pasajes, lo mismo su madre Pamela Chávez, tomando igual actitud sus hermanos y el padre de Y., todos legalmente notificados a la audiencia, así lo hizo saber el Ministerio Público. La negativa a declarar de Y., resulta razonable pues la menor sistemáticamente relató los hechos a su madre, ésta nunca le creyó, no prestó apoyo ni seguridad que requería, incluso le pegaba cuando contaba los sucesos, a pesar de conocer muy bien al encausado, según propios dichos de la menor ofendida; además denunció los hechos al hermano mayor, éste tampoco desplegó acciones concretas de protección, denunció los hechos a una matrona en un CESFAM de Colina, y finalmente las profesionales hogar residencial Nuestra Señora de la Visitación, la acompañan a declarar por un delito de estupro y de nuevamente denuncia los hechos y se inicia este procedimiento”.*

**SEXTO:** En el considerando NOVENO y DECIMO se realiza el análisis de la prueba rendida, en aras a dar sustento a la convicción de condena que sostuvieron los jueces del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia. Las argumentaciones dadas por los sentenciadores en torno a los hechos y a la participación del encausado se pueden apreciar de una primera lectura como claras y razonadas en torno a las conclusiones a las que arriban, pero de un estudio acabado bajo el prisma de la sana crítica, que debe guiar la ponderación de los antecedentes probatorios, se llega a concluir que ha existido vulneración a lo que dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal.

Los hechos que se tuvieron por probados se consignaron en el motivo SEPTIMO “*En días y horas no determinados entre los años 2011 y 2013, el acusado S. M. P., agredió sexualmente en el inmueble ubicado en calle Manuel Bulnes N°151 de Paillaco de iniciales Y.A.F.CH, nacida el 07 de octubre de 2001, a la sazón entre 10 y 13 años de edad. Los hechos ocurrieron en circunstancias que la mamá de Y. C. G., convivió y contrajo matrimonio con el acusado M. P., trasladándose a vivir junto a sus cuatro hijos al inmueble que el acusado proporcionó en la comuna de Paillaco, separándose de éste, el año 2013 por actos de violencia intrafamiliar. En ese contexto, M. P., aprovechando la presencia de Y., en el hogar que compartían, realizó en distintas oportunidades independientes unas de otras, tocaciones con sus manos en los senos, vagina y glúteos. Las agresiones sexuales se produjeron bajo amenazas que el acusado realizó con atentar físicamente en contra de alguno de los integrantes del grupo familiar*”.

**SÉPTIMO:** Es de relevancia consignar que en este tipo de hechos de connotación sexual, en especial cuando se ejercen ilícitos contra menores de edad, es la clandestinidad y la ausencia de testigos los que facilitan la perpetración del delito. También es de usual ocurrencia observar, que las declaraciones de las víctimas de estos hechos, dan relatos que suelen cambiar en el tiempo, en cuanto a los detalles que entregan, o en definitiva, en cuanto a la ocurrencia de los hechos, cuando hay un cambio de versión, por las diversas influencias o razones que puedan cobijar dichas situaciones. Todo eso es conocido y complejiza la labor del ente persecutor en cuanto a poder acreditar el hecho y en menor medida la participación. Pues bien, ninguna de esas situaciones ocurre en este caso. Aquí la víctima no declara en juicio, los jueces no pudieron conocer su versión, por su propio relato, tampoco la pudieron observar mientras expresaba emoción, distinta a la verbal, en la narración de lo sucedido, ni tampoco pudieron conocer su postura frente a los hechos otorgada en el marco de la intermediación. Ella no compareció. Las razones de su falta de comparecencia son analizadas por los sentenciadores y en gran medida, son compartidas por esta Corte, a la niña nunca nadie le creyó o al menos nadie de su círculo cercano se movilizó tras conocer los hechos que ella les daba a conocer. Claramente eso ha mermado su confianza y esperanza, pero en el marco procesal que debe reunir los medios probatorios para hacer posible un juicio de condena, su ausencia es una gran mella. Tampoco lo hizo ningún integrante de su familia o de su núcleo cercano, quienes, pudieron conocer de lo que ella estaba sufriendo. Aquí sólo se contó con tres testigos. Esos tres deponentes fueron los que permitieron arribar a la convicción de condena y de los tres mencionados testigos que refirieron los dichos de la niña en torno a los hechos de connotación sexual que sufrió por parte del cónyuge de su madre, sólo dos de ellos ( la asistente social y la psicóloga) pudieron recibir los dichos directamente de la niña, pues el tercero, un agente policial a cargo de la orden de investigar, don Francisco Angulo Poblete, sólo conoció los hechos narrados por la joven, a partir de la lectura de lo consignado en el parte de denuncia recabado en la ciudad de San Felipe. Las dos personas que sí hablaron con la joven, presunta víctima de estos hechos, fue una Asistente Social y una Psicóloga. La primera, doña Andrea Cornejo, fue quien oyó el relato de la joven en la ciudad de San Felipe, cuando la niña residía en una Residencia de Protección en su calidad de madre adolescente a raíz de un delito distinto a los hechos que convocan la presente causa. La testigo relata que acompañó a la joven a denunciar otro hecho a la PDI y al ser preguntada por la oficial de la Policía sobre aquellos hechos y recibir una pregunta abierta sobre ocurrencia de “otros hechos” ella habría develado estos acontecimientos de abuso sexual ocurridos en Paillaco, sindicando al cónyuge de la madre como autor. La generalidad del relato y la poca precisión de los distintos hechos que configuran el abuso sexual reiterado, es muy notoria. Se refieren por la testigo, al aludir a lo dicho por la niña en esa denuncia ante la policía: “tocaciones y

violación”, sin más precisión. Por su parte, lo expresado por la segunda de las deponentes, la psicóloga, Jessica Ortega Valencia, quien en el año 2017 realizó la pericia de credibilidad del relato y daños asociados al hecho investigado, hace referencia a que la niña relató múltiples vulneraciones graves en su vida, por la violencia al interior de su familia, por el abandono, por las agresiones sexuales. Ella refiere los hechos que se juzgaron en este proceso y revela “tocaciones en el pecho y vagina”, dando respuesta afirmativa a la credibilidad del relato. En este punto, la parte recurrente destaca la frase final de la testigo dada en su declaración en cuanto a que el relato de la niña no sería veraz. Ello no es efectivo. De la grabación de audio de la audiencia de juicio, se oye que la testigo nunca manifestó que el relato no fuera veraz, por el contrario, ella señaló que sí lo era. Al final de su declaración ante una pregunta general y de hipótesis planteada por la defensa, ella respondió “que todas las personas pueden mentir”, mas no señaló que la niña haya mentido. Pese a ello la prueba es insuficiente para arribar a una decisión de condena. No hay contradicción en los dichos de los testigos. Pero sus solos dichos referidos a lo ocurrido por la joven durante presuntos tres años en que habría sido víctima de tocaciones por parte del acusado son insuficientes para derribar la presunción de inocencia. No se dan a conocer detalles ni elementos precisos que permitan al menos separar espacialmente un ilícito de otro para poder condenar por reiteración. Se señalan años, entre el 2011 y el 2013, pero no hay una alusión a si esto ocurría en horas del día o de la noche; de la estación del año en que ella era abusada, si hacía frio o calor, el tipo de ropa que ella usaba; si la niña asistía en esa época al colegio o eran vacaciones; si le significaba cambios de ánimo o alguna situación consecuencial a los hechos. En fin, la sola ubicación espacial, en el domicilio y temporal, entre los años señalados, no resulta suficiente para puntualizar la ocurrencia de los hechos y la consecuente condena del imputado M.

**OCTAVO:** Las directrices que otorga el artículo 297 del Código Procesal Penal relativas a la valoración de la prueba han sido soslayadas en el fallo en estudio al confrontarlas con lo que dispone el artículo 340 del Código Procesal Penal en torno a la convicción del tribunal para arribar a una decisión de condena. La sana crítica, como sistema de valoración de prueba, no es más que la formalización en el ámbito legal del razonamiento de sentido común, nada de especial tiene la exigencia que se plantea a los jueces de fundamentar sus decisiones en base a la lógica y a la experiencia, pero ello debe ser realizado de acuerdo a la prueba rendida que permita llegar a la verdad en el proceso. Esa “verdad procesal” que los jueces solo pueden establecer en base a lo que conste en el proceso. Es decir, no se les puede pedir que vayan más allá de lo que conocieron a través de este. Esa verdad procesal, distinta de la “verdad material” que sugiere lo efectivamente ocurrido, no necesariamente se ha visto reflejada en el proceso judicial por las limitaciones de la prueba que ya han sido desarrolladas. Sin duda que la niña, presunta víctima de estos hechos ha sido vulnerada en sus derechos en forma grave y reiterada como lo declaró la psicóloga que la perició, pero resulta contrario a la lógica establecer la condena en torno a la mermada prueba y de baja calidad que los sentenciadores pudieron apreciar durante el juicio oral. Claro está, el ejercicio de la sana crítica como un ejercicio de lógica pero únicamente dentro de los limitados medios de prueba de que pudo valerse el Ministerio Público no permiten probar con una conclusión razonable la perpetración de los hechos de connotación sexual en forma reiterada contra la menor de edad.

**NOVENO:** Todo lo anteriormente expuesto es suficiente para concluir que la sentencia ha incurrido en el vicio de omitir el requisito de la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal en relación al artículo 297 del código citado y por ende corresponde acoger el recurso de nulidad por la causal de la letra e) del artículo 374 del mismo cuerpo legal. Por estas

consideraciones, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 297, 372, 374 letra e), 375 y 378 y siguientes del Código Procesal Penal, se **ACOGÉ** el recurso de nulidad interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia dictada el nueve de noviembre de dos mil dieciocho por el Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia y en consecuencia, se anula el fallo citado y se retrotrae la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral ante el Tribunal no inhabilitado que corresponda. Regístrese y comuníquese. Redacción de la Ministra doña Marcia Undurraga Jensen. N° Penal-896-2018. Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Valdivia integrada por el Ministro Sr. Juan Ignacio Correa R., Ministra Sra. Marcia Undurraga Jensen, quien no firma no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo por encontrarse con permiso de conformidad a lo dispuesto en el artículo 347 del Código Orgánico de Tribunales y Fiscal Judicial Maria Heliana Del Rio T. Valdivia, veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho. En Valdivia, a veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 3097-2018.

**Ruc:** 1800577109-5.

**Delito:** Desacato.

**Defensor:** Cristian Rozas.

**44.- Acoge recurso de nulidad contra sentencia que condena a imputado por el delito de desacato, por haber infringido medida de protección consistente en prohibición de acercamiento. La defensa recurre de nulidad por errónea aplicación del derecho estimando que un mero incumplimiento no constituye desacato. (CA Valdivia 21.12.2018 rol 3097-2018)**

**Normas asociadas:** CPC art.240 inc.2; CPP art.373 b.

**Tema:** Recursos; Medidas cautelares

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Prohibición de acercarse a la víctima; Errónea aplicación del derecho; Desacato.

**Magistrados:** Juan Ignacio Correa Rosado; Marcia del Carmen Undurraga Jensen; Gloria Hidalgo Álvarez.

**SINTEISIS:** Juzgado de Garantía de Osorno condena a imputado por delito de desacato a cumplir la pena de quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo, por incumplir con la medida decretada en tribunal de familia, consistente en la prohibición del imputado de acercarse a sus hijos y a la madre de éstos; toda vez que habría hecho ingreso al domicilio de un conocido donde se encontraría la víctima, incumpliendo así con la medida decretada en su contra. La defensa recurre de nulidad por errónea aplicación del derecho, fundamentando el recurso en que la conducta descrita por el fallo del tribunal a quo no constituye el delito de desacato y de haberse interpretado correctamente el derecho se le habría absuelto de aquel ilícito, ya que se trataría de medidas cautelares tendientes a dar protección a niños, niñas o adolescentes que no surgen de una causa por violencia intrafamiliar, sino que de una por medida de protección, por lo que de este modo no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley de Tribunales de Familia, no siendo procedente enviar los antecedentes al Ministerio Público, pues el procedimiento de la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes tiene como única reglamentación al incumplimiento de medidas adoptadas el artículo 77 de la Ley de Tribunales de Familia, por lo que el tribunal puede sustituir la medida o bien decretar otra de apremio para instar al cumplimiento forzado de lo ordenado. La Corte estima que en la dictación de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho, particularmente en la interpretación de los artículos 71 y 77 de la ley 19.968, porque debieron aplicarse apremios ante el incumplimiento de la medida cautelar decretada en un procedimiento de medida de protección, antes de remitir los antecedentes al Ministerio Público para que investigue un delito de desacato. Más cuando el delito de desacato solo puede estar referido razonablemente a ciertas hipótesis calificadas de incumplimiento de resoluciones judiciales y en éste caso si bien existió un incumplimiento, ello no ha sido de una entidad tal que haya puesto en riesgo a la víctima protegida con la

medida cautelar decretada. Por lo que se acoge el recurso de nulidad dictándose sentencia de reemplazo en la que se absuelve a J. V. C. como autor del delito de desacato. (Considerandos: 1; 3; 4; 5; 6 y 7).

### **TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho.

Vistos:

Que el señor Cristián Rozas D., abogado defensor penal público, por el condenado don J. V. C., dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia de diecisiete de noviembre dos mil dieciocho, pronunciada por el Juzgado de Garantía de Osorno, que declara:

*I. Que se condena a J. V. C., cédula nacional de identidad N°10.937.538-1, ya individualizado, por su participación en calidad de autor del delito en grado de consumado de DESACATO, previsto y sancionado en el artículo 240 inc. 2° del Código de Procedimiento Civil, perpetrado en la ciudad de Osorno, el día 13 de Junio de 2018, a sufrir la pena de QUINIENTOS CUARENTA DÍAS DE RECLUSIÓN MENOR EN SU GRADO MINIMO.*

*II. Que NO REUNIENDO EL SENTENCIADO, LOS REQUISITOS LEGALES PARA OPTAR A ALGUNA DE LAS PENAS SUSTITUTIVAS de la Ley 18.216 y su Reglamento, el sentenciado deberá cumplir efectivamente la pena aplicada a su respecto en el presente fallo. Cúmplase en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de la ciudad de Osorno. Sin abonos que considerar.*

*III. Que se le impone al sentenciado la pena accesoria de suspensión de oficio o cargo público durante el tiempo de la condena.*

*IV. Que se ABSUELVE a J. V. C., cédula nacional de identidad N°10.937.538-1, ya individualizado, de los cargos que se le imputan como presunto autor del delito de AMENAZAS NO CONDICIONALES EN CONTEXTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, previsto y sancionado en el artículo 296 N°3 del Código Penal, en grado de consumado, supuestamente perpetrado el día 13 de Junio de 2018, en la ciudad de Osorno, en perjuicio de doña C. G. D.*

*V. Ejecutoriado el presente fallo déjense sin efecto las medidas cautelares que se hayan dictado en la presente causa en contra del sentenciado.*

*VI. Que no se condena en costas al sentenciado, atendido a que su admisión de responsabilidad en los hechos materia de la investigación ha producido una economía fiscal.*

*VII. Devuélvase los documentos incorporados al juicio a las partes que los presentaron.*

*En su momento, dese cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del*

*Código Procesal Penal. Como causal de nulidad invoca la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal que señala: "Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: b) Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo". Alega que en la sentencia se hizo una errada aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues las conductas descritas en el fallo del Tribunal a quo no constituyen el delito de desacato y de haberse interpretado correctamente el derecho se le habría absuelto de aquel ilícito. Deduce el recurso a fin se anule la sentencia, dictando una de reemplazo, absolutoria.*

En estrados la defensa del sentenciado reiteró sus planteamientos consignados en el recurso, o sea, la petición de la nulidad de la sentencia y que se dicte sentencia de reemplazo absolutoria. El Ministerio Público se opuso al recurso de nulidad.

Oídos y teniendo además presente:

**PRIMERO:** Que el señor Cristián Rozas D., abogado defensor penal, por el condenado don J. V. C., dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia de diecisiete de noviembre de dos mil dieciocho, pronunciada por el Juzgado de Garantía de Osorno, que condenó a J. V. C., como autor material de un delito de desacato del inciso 2° del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, como se detalla al inicio. A juicio de la defensa, los hechos por los cuales se acusó a su representado no son constitutivos del delito de desacato, a lo sumo podría tratarse de un incumplimiento formal de una medida cautelar dictada en proceso por medidas de protección RIT 142-2018 del Juzgado de Familia de Osorno, que tiene aparejado consecuencias especificadas en el artículo 77 de la ley 19.968.

**SEGUNDO:** Que durante el desarrollo del juicio oral, el tribunal dio por establecido los siguientes hechos, según se lee en el motivo cuarto de la sentencia: *El día 11 de mayo de 2018, mediante resolución por Violencia Intrafamiliar pronunciada en audiencia en causa RUC 18-2-0617577-6, RIT P- 142-2018 del Juzgado de Familia de Osorno, se resolvió decretar la medida consistente en la prohibición del imputado J. V. C., de permanecer y acercarse a una distancia de 100 metros, al domicilio ubicado en calle Tirua N° 2232, Población Bahía Mansa de Osorno, de acercarse, a sus hijos E. J. y E. A., ambos V. G., a la persona de la víctima doña C. G. D. a su lugar de trabajo y a cualquier lugar al que permanezca, concurra o visite habitualmente, a partir de esta fecha y hasta la realización de juicio, fijada para el día 22 de Junio de 2018, a las 12:00 hrs. La resolución fue notificada al imputado personalmente en la referida en la audiencia.*

*Seguidamente el día 13 de Junio de 2018, aproximadamente a las 17:30 hrs. el imputado J. V. C. concurrió hasta el domicilio ubicado en calle Alerce de Osorno e ingresó a la propiedad, lugar en la que se encontraba doña C. G. D., incumpliendo la medida cautelar decretada en su contra y que se encontraba vigente.*

**TERCERO:** Que en relación al delito de desacato, resulta necesario tener presente que el artículo 94 de la Ley de Tribunales de Familia establece que: *“En caso de incumplimiento de las medidas cautelares, el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 Código de Procedimiento Civil. Sin perjuicio de imponer al infractor, como medida de apremio, arresto hasta por quince días”.* Aquello significa que, en tales circunstancias, se enviarán los antecedentes al Ministerio Público para los efectos de aplicar lo establecido en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil que dispone: *“Cumplida una resolución, el tribunal tendrá facultad para decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado”.* *“El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo”.*

Como se observa, la redacción del citado Art. 94 no entrega elementos suficientes para su adecuada interpretación, lo que ha llevado a que existan diversos criterios de aplicación por parte de la judicatura en relación a esta materia.

Tal norma, se encuentra inmersa en el párrafo segundo de la mencionada ley: *Del procedimiento relativo a los actos de violencia Intrafamiliar.* Sin embargo, en el presente caso, la cautelar aludida como infringida, fue dispuesta en un procedimiento relativo a la aplicación de medidas de protección a favor de niños, niñas y adolescentes y se encuentra en el párrafo primero del título IV de los Procedimientos Especiales. En específico 71 letra f) consistente en “Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común”. Efectivamente, como sostiene el Juez de Garantía, el artículo 92 de la ley 19.968, contempla la posibilidad en el inciso tercero, para dar protección a niños, niñas o adolescentes, adoptar las medidas cautelares contempladas en el artículo 71, cumpliendo con los requisitos y condiciones previstas en la misma disposición, sin embargo, aquello dentro de un procedimiento de violencia intrafamiliar. En el presente caso, la medida surge no de una

causa por violencia intrafamiliar, sino que de una por medida de protección, de manera que no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 92 de la mencionada ley, que hace un reenvío al artículo 71, sino que derechamente esta última disposición en el marco de un procedimiento del cual es afín.

**CUARTO:** Que de este modo no resultaba procedente enviar los antecedentes al Ministerio Público, pues el procedimiento de la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes, no contempla un símil al artículo 94 de la ley 19.968, ni tampoco otra como el artículo 10 de la ley 20.066, sino que como procedimiento especial la única reglamentación al incumplimiento de medidas adoptadas lo constituye el artículo 77 de la ley de tribunales de familia, que señala: *Incumplimiento de las medidas adoptadas. Cuando los padres, personas responsables o cualquier otra persona impidan la ejecución de la medida acordada, el organismo responsable de su ejecución o seguimiento comunicará al tribunal la situación para que éste adopte las medidas que estime conducentes y propondrá, si fuera el caso, la sustitución por otra medida que permita alcanzar los objetivos fijados. El tribunal determinará la sustitución de la medida u ordenará los apremios pertinentes para su cumplimiento forzado.* Es decir, el tribunal de familia pudo sustituir la medida o bien decretar otra de apremio para instar por el cumplimiento forzado de lo ordenado.

**QUINTO:** Que de esta forma se concluye que en la dictación de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho, particularmente en la interpretación de los artículos 71 y 77 de la ley 19.968, cuando debieron aplicarse apremios en el caso de un incumplimiento de una medida cautelar decretada en un *procedimiento por medida de protección*, antes de remitir los antecedentes al Ministerio Público para que investigue un delito de desacato, que fue lo que ocurrió.

**SEXTO:** El delito de desacato sólo puede estar referido razonablemente a ciertas hipótesis calificadas de incumplimiento de resoluciones judiciales, y, en el caso, si bien existió un incumplimiento a una orden judicial, ello no ha sido de un entidad tal que haya puesto en riesgo a la víctima protegida con la medida cautelar decretada.

**SÉPTIMO:** Que, en este caso, pudo constatarse que en el pronunciamiento de la sentencia se incurrió en el vicio del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por haberse hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, yerro que impuso al imputado una pena, circunstancia que permite acoger el recurso, disponer la anulación de fallo y dictar la correspondiente sentencia de reemplazo absoluta. Por estos motivos y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376, 377, 378, 384 y 385 del Código Procesal Penal, **se declara que se acoge el recurso de nulidad** deducido en contra de la sentencia de diecisiete de noviembre de dos mil dieciocho, pronunciada por el Juzgado de Garantía de Osorno, fallo que se anula sólo en lo que se refiere a las decisiones primera, segunda y tercera de su parte resolutive y los considerandos pertinentes y reemplaza por el que se dicta a continuación. Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro Titular señor Juan Ignacio Correa Rosado.

**Rol N°910-2018 Penal**

**Sentencia de reemplazo:**

Valdivia, veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho. En cumplimiento a lo ordenado por la decisión de nulidad que antecede y lo prescrito en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

**Vistos:**

Se tiene por reproducida la sentencia recurrida, previa eliminación de los párrafos séptimo y octavo del motivo quinto. También en el motivo quinto, primer párrafo, se sustituye la frase “que la decisión de condena respecto del delito de desacato y de absolución respecto del delito de amenazas, a que arribo el Tribunal encuentra fundamento en las siguientes consideraciones” por “la decisión de absolución respecto del delito de amenazas encuentra fundamento en las siguientes consideraciones:” También se eliminan los motivos sexto, séptimo y octavo.

Y teniendo en su lugar y además presente:

**PRIMERO:** Que en relación al desacato, se rechazará esta acusación, porque en los hechos que se tuvieron acreditados no refieren un incumplimiento a medidas dispuestas en el procedimiento especial de violencia intrafamiliar, sino que se trata del incumplimiento de una medida cautelar del artículo 71, en un procedimiento especial distinto, relativo a la aplicación de *medidas de protección* para niños, niñas y adolescentes, cuyo incumplimiento está regulado en el artículo 77 de la ley 19.968.

**SEGUNDO:** Que por lo expuesto, no es posible concluir que se cumplen en la especie los elementos objetivos del tipo específico, contemplado en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

**TERCERO:** El delito de desacato sólo puede estar referido razonablemente a ciertas hipótesis calificadas de incumplimiento de resoluciones judiciales, y, en el caso, si bien existió un incumplimiento a una *orden judicial o medida cautelar de menor intensidad*, ello no ha sido de un entidad tal que haya puesto en riesgo a la víctima protegida con la medida cautelar decretada, por lo que se dictara sentencia absolutoria.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 3 y 7, del Código Penal, artículos 1, 2, 7, 8, 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 343, 344, 346 y 347 todos del Código Procesal Penal, artículo 240 del Código de Procedimiento Civil y artículos 71 letra f) y 77 de la ley 19.968, se resuelve que: I.- Se absuelve a J. V. C., cédula de identidad N° 10.937.538-1, como autor de un delito de desacato previsto en el inciso 2° del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, presuntamente consumado, en la ciudad de Osorno el pasado 13 de junio de 2018. II. Queda liberado el Ministerio Público por el pago de costas considerando que tuvo motivo plausible para litigar.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Redacción del Ministro Titular señor Juan Ignacio Correa Rosado.

**Rol N°910-2018 Penal**

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 278-2018.

**Ruc:** 1700934466-7.

**Delito:** Amenazas no condicionales.

**Defensor:** Eliana Angulo Carrasco.

**45.- Rechaza recurso de nulidad interpuesto contra sentencia que condena a imputado como autor del delito de amenazas no condicionales, rechazando ambas causales invocadas, estima que las amenazas han sido serias, al contrario de lo sostenido por la defensa, además señala que única declaración en juicio es suficiente para armar convicción. (CA Valdivia 14.12.2018 rol 278-2018)**

**Normas asociadas:** CP art.296 N°3; CPP art.373 b; CPP art.341; CPP 374 e; CPP art.342 c.

**Tema:** Recursos.

**Descriptor:** Recurso de nulidad; Errónea aplicación del derecho; Amenazas.

**Magistrados:** Mario Julio Kompatzki; Samuel David Muñoz Weisz; Claudio Eugenio Aravena Bustos.

**SINTESIS:** Juzgado de Garantía de la Unión condena a imputado por delito de amenazas no condicionales a la pena de 70 de presidio menor en su grado mínimo. En contra de la sentencia la defensa recurre de nulidad por errónea aplicación del derecho y en subsidio por falta de fundamentación en la sentencia; fundamenta la primera causal en la falta de seriedad de los dichos de su representados, toda vez que estos tendrían el carácter de “broma” no cumpliendo con los requerimientos del tipo penal de amenazas propiamente tal, pues no existiría ningún elemento que demuestre la intención de su representado a causar daño a la víctima. En subsidio invoca el motivo absoluto de nulidad contemplado en el artículo 374 letra e) al considerar que la prueba resultó insuficiente para establecer la responsabilidad del sentenciado en cuanto a que los dichos del indicado sean constitutivos del delito que se atribuye. La Corte considera que el sentenciador de la instancia dejó claro el carácter de las amenazas, siendo estas amenazas de muerte proferidas hacia la víctima, hecho que constituye delito en los términos del artículo 390 del Código Penal o en su defecto del artículo 391 del mismo cuerpo legal, correspondiéndole al sentenciador del grado determinar si el ultimátum reviste caracteres de seriedad. Verificándose las condiciones típicas de la norma prohibitiva infringida no aparece que el sentenciador haya incurrido en un error al calificar los hechos. Respecto a la causal subsidiaria la Corte estima como suficiente la prueba aportada en juicio para armar convicción. Se rechaza el recurso de nulidad y se confirma la sentencia del tribunal a quo. (Considerandos: 1, 2; 4; 5 y 7).

**TEXTO COMPLETO:** Valdivia, catorce de diciembre de dos mil dieciocho.

**Visto:**

Por sentencia de doce de noviembre pasado, pronunciada en procedimiento simplificado, se condenó a R. G. M. a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado

mínimo, accesorias de suspensión de cargos y oficios públicos, durante el tiempo de la condena, como autor del delito de amenazas no condicionales previstas y sancionadas en el artículo 296 N° 3 del Código Penal, en contexto de violencia intrafamiliar, en grado consumado, perpetrado el veintiocho de septiembre de dos mil diecisiete en perjuicio de su ex conviviente M. V. G., imponiéndosele además las accesorias de prohibición de aproximarse a la víctima, a su domicilio, lugar de estudio o trabajo, así como la prohibición de porte y tenencia de arma de fuego. Se le sustituyó la pena por la medida de reclusión parcial nocturna en recinto de Gendarmería más las costas de la causa.

En contra de la sentencia referida, dedujo recurso de nulidad la abogada Eliana Angulo Carrasco, en representación de R. G. M., invocando como causal principal la contemplada en el literal b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 341 del mismo cuerpo legal. Indica que tal vulneración se habría producido como consecuencia de no concurrir los elementos del delito por el cual ha sido sancionado en orden a la veracidad e idoneidad de la presunta amenaza, pues no existe ningún elemento que demuestre la intención de causar daño a la presunta víctima, particularmente considerando la expresión vertida por el imputado en relación con la connotación y real significación que ésta tuvo, ya que fue vertida en tono de broma o “tontera”.

En subsidio invoca el motivo absoluto de invalidación contemplado en el artículo 374 literal e) en relación con el artículo 342 letra c), ambas normas del Código Procesal Penal. Luego de hacer un preámbulo en torno a la prueba y su ponderación y estándar probatorio en estas materias, agrega que en la especie la prueba resultó insuficiente para establecer la responsabilidad del sentenciado en cuanto a que los dichos del indicado sean constitutivos del delito que se atribuye. Sobre este tópico señala que la decisión de condena se sostiene en la declaración del encartado, sin que a sus asertos pueda atribuirse el componente intimidante que conlleva la amenaza, y en una sola testigo de oídas que da cuenta de lo referido por la presunta víctima que no declara en el juicio, sin que esta última pueda determinar la intencionalidad de la mención que hace el convicto.

**Considerando:**

1.- Que en torno a la causal de derecho que ha invocado la parte recurrente, esto es la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, ha de tenerse en consideración que por tal fundamento solo es pertinente cuestionar los juicios jurídicos del tribunal, más no los hechos o presupuestos materiales sobre los cuales se emiten aquellos, los que, en cuanto tales, son aceptados por la parte y por ende permanecen inmutables, en torno a la discusión que se ha levantado.

2.- Que, en este sentido se debe señalar que el sentenciador de instancia dejó establecido que: “el día 28 de septiembre del año 2017, en hora no del todo establecida, la víctima Maricela Andrea Vera Godoy, se encontró en la vía pública con su ex conviviente, el requerido R. G. M. con quien se trasladó voluntariamente hasta el sector Rapaco de esta comuna, lugar en el cual el requerido la amenazó de muerte a la víctima”

3.- Que el hecho asentado fue calificado de conformidad con lo establecido en el artículo 296 N° 3 del Código Penal, precepto que establece en lo pertinente “El que amenazare seriamente a otro con causar a él mismo o a su familia, en su persona, honra o propiedad, un mal que constituya delito, siempre que por los antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho, será castigado:”

4.- Que es un hecho probado conforme se consignó precedentemente y dimana del motivo sexto del fallo en revisión, que el requerido amenazó de muerte a la víctima, hecho que constituye delito en los términos del artículo 390 del Código Penal o en su defecto del

artículo 391 del mismo cuerpo legal”, correspondiéndole al juez del grado privativamente, considerando las circunstancias de caso determinar si el ultimátum reviste caracteres de seriedad y verosimilitud, cuestión que en los hechos de la causa aconteció, lo que determinó el establecimiento del delito por el cual se penó al requerido.

5.- Que así las cosas, verificándose las condiciones típicas de la norma prohibitiva infringida por el imputado, no aparece que el sentenciador al calificar los hechos hubiere incurrido en error de derecho alguno.

6.- Que por lo demás conviene hacer presente que no es posible sostener la causal invocada por la aparente vulneración del artículo 341 del Código Procesal Penal, que la recurrente invoca expresamente, desde que dicha infracción está contemplada en el artículo 374 letra f), del mismo cuerpo legal, motivo de invalidación que no ha sido invocado en su libelo.

7.- Que, en lo que dice relación con la causal subsidiaria, del artículo 373 letra e) en relación con el artículo 342 letra c), del Código adjetivo, resulta bastante patente que el cuestionamiento apunta a la ponderación probatoria en cuanto la recurrente estima insuficientes los antecedentes que sirvieron al juez para forjar su decisión de condena, y de los fundamentos en que esta se sostiene, más de la lectura del fallo, aparece que en el contexto de ponderación conforme a las reglas de la sana crítica, el tribunal cuenta con amplias facultades, y que en el ejercicio de ellas en el caso en análisis, no aparece que se hubieren vulnerado las reglas que conforman el estatuto probatorio penal, ni menos el estándar de la duda razonable, apareciendo que la decisión se encuentra debidamente justificada en términos de que la parte puede comprender con claridad y precisión tanto los hechos que dieron motivo a la decisión, que dimanen de los fundamentos que se consignan en el fallo en concordancia con los antecedentes aportados a la causa, sin que sea óbice para sostener lo contrario que la decisión se base en la declaración de una sola persona, hecho que por sí solo es insuficiente para provocar la nulidad de la sentencia, particularmente cuando se advierte que en lo sustantivo esta concuerda con los antecedentes reconocidos por el propio imputado.

En consecuencia en mérito de lo razonado y atento lo consignado en los artículos 372, 384 y 399 del Código Procesal Penal, se **RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por la abogada Eliana Angulo Carrasco, en representación del sentenciado R. G. M., en contra de la sentencia de doce de noviembre pasado, la que no es nula como tampoco el juicio del cual procede.

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Valdivia.

**Rit:** 406-2018.

**Ruc:** 1700490719-1.

**Delito:** Violación – Abuso sexual.

**Defensor:**

**46.- [Rechaza recurso de hecho presentado por la querellante contra resolución que deniega la concesión de un recurso de apelación interpuesto en oposición a la modificación de la medida cautelar de prisión preventiva, por no haber interpuesto en audiencia. \(CA Valdivia 22.12.2018 rol 406-2018\)](#)**

**Normas asociadas:** CPP art.369; CPP art.149; CPP art.371

**Tema:** Recursos; Medidas cautelares.

**Descriptor:** Recurso de apelación; Recurso de Hecho; Prisión preventiva.

**Magistrados:** Carlos Iván Gutiérrez Zavala; Marcia del Carmen Undurraga Jensen; Claudio Roberto Novoa Araya.

**SINTESIS:** Juzgado de Garantía de Río Negro revoca medida cautelar de prisión preventiva a imputado imponiendo la de arresto domiciliario total. Ante esto la parte querellante interpone recurso de apelación por escrito y en instancia posterior a la audiencia en la que se modifica la cautelar, solicitando se declare admisible el recurso y se acoja la vista de la causa. El Juzgado resuelve rechazar la apelación por estimarlo improcedente, toda vez que a la resolución que modifica la medida cautelar le precedió debate, no siendo interpuesto en la misma en contravención a lo establecido en el artículo 149 del Código Procesal Penal. La querellante recurre de hecho contra la resolución que denegó la concesión del recurso de apelación. La Corte estima que la controversia radica en la oportunidad en que fue presentada la apelación; la que no se presentó de forma ajustada a lo dispuesto en el artículo 149, más cuando uno de los delitos formalizados se trata de aquellos establecidos en el inciso segundo del artículo citado, por lo que considera que el tribunal ha resuelto correctamente al rechazar un recurso presentado fuera de la oportunidad procesal correspondiente, por tanto, se rechaza el recurso de hecho interpuesto por la querellante.

**TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, veintidós de diciembre de dos mil dieciocho.

**Vistos:**

Doña Débhora María Maldonado Acosta, abogada querellante del Proyecto de Representación Jurídica “Reparación y Justicia Los Lagos”, en representación de víctima de iniciales U.M.F.L., en relación con los autos RUC 1700490719-1, RIT 406-2018, seguidos ante el Juzgado de Garantía de Río Negro, recurre de hecho en contra de la resolución de fecha 7 de diciembre de 2018, que denegó la concesión de un recurso de apelación presentado contra resolución dictada en audiencia, que sustituyó la medida cautelar de prisión preventiva que pesaba contra Hipólito Segundo Correa Rojel, formalizado por el delito de violación y abuso sexual, ambos en persona menor de 14 años, consumado y en carácter de reiterado, imponiendo arresto domiciliario total.

Afirma haber interpuesto recurso de apelación por escrito, asumiendo que no le está permitido apelar verbalmente, además, en audiencia fiscalía contestó que no realizaría apelación verbal respecto a la decisión de modificación de prisión preventiva, no dando lugar a ningún otro debate al respecto.

Pide se declare que el recurso es procedente y se acoja la vista de la causa.

Informando el recurso, doña Carolina Waleska Martínez Navarrete, jueza subrogante del Juzgado de Garantía de Osorno, destacando la formalización del imputado de 26 de septiembre de 2018, por los delitos mencionados, la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva por constituir un peligro para la seguridad de la sociedad, realizándose una audiencia de revisión de cautelar el 4 de diciembre de 2018, accediendo a la sustitución con el mérito de la retractación de la víctima y un informe social del imputado.

Afirma que posterior a la resolución dio la palabra a fiscal y a querellante, quienes expresaron “nada que señalar” y “nada su señoría”, respectivamente.

El 6 de diciembre de 2018 querellante interpuso recurso de apelación por escrito en contra de la resolución que revocó la medida cautelar de prisión preventiva. Al día siguiente se resolvió: *“Habiéndose recurrido de una resolución dictada en audiencia, en la cual precedió debate, y no siendo interpuesto en la misma y conforme a lo establecido en el artículo 149 del Código Procesal Penal, se resuelve: No ha lugar por improcedente”*.

Explica su resolución en cuanto existió debate en audiencia y se trata de delitos establecidos en el artículo 149 inciso segundo del Código Procesal Penal, siendo procedente, por quienes pretenden la privación de libertad del imputado, apelar en forma verbal.

#### **Considerando:**

**PRIMERO:** Que, el recurso de hecho es una acción de carácter extraordinario, cuya procedencia sólo dice relación en cuanto, como se alega en autos, se ha rechazado un recurso de apelación que ha debido ser concedido de acuerdo a las reglas generales.

La doctrina, en tanto, ha definido al recurso de hecho como aquel acto jurídico procesal de parte que se realiza directamente ante el Tribunal superior jerárquico, a fin de solicitarle que enmiende con arreglo a derecho la resolución errónea pronunciada por el inferior acerca del otorgamiento o denegación de una apelación interpuesta por él. (MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián, Los Recursos Procesales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p.223).

En materia penal, el artículo 369 del Código Procesal Penal dispone: *“Artículo 369.- Recurso de hecho. Denegado el recurso de apelación, concedido siendo improcedente u otorgado con efectos no ajustados a derecho, los intervinientes podrán ocurrir de hecho, dentro de tercero día, ante el tribunal de alzada, con el fin de que resuelva si hubiere lugar o no al recurso y cuáles debieren ser sus efectos.*

*Presentado el recurso, el tribunal de alzada solicitará, cuando correspondiere, los antecedentes señalados en el artículo 371 y luego fallará en cuenta. Si acogiere el recurso por haberse denegado la apelación, retendrá tales antecedentes o los recabará, si no los hubiese pedido, para pronunciarse sobre la apelación”*.

**SEGUNDO:** Que, la controversia radica en la oportunidad de un recurso de apelación interpuesto por querellante contra una resolución que sustituye la medida cautelar de prisión preventiva, respecto de un imputado formalizado por uno de los delitos contemplados en el artículo 149 inciso segundo del Código Procesal Penal, en específico violación y abuso sexual, ambos cometidos en persona menor de catorce años, consumado y reiterado. En particular se discute la procedencia de un recurso de apelación presentado por escrito, después de terminada la audiencia que adoptó la decisión discutida.

**TERCERO:** Que, el artículo 149 del Código Procesal Penal dispone: “*Artículo 149.- Recursos relacionados con la medida de prisión preventiva.*

*La resolución que ordenare, mantuviere, negare lugar o revocare la prisión preventiva será apelable cuando hubiere sido dictada en una audiencia. No obstará a la procedencia del recurso, la circunstancia de haberse decretado, a petición de cualquiera de los intervinientes, alguna de las medidas cautelares señaladas en el artículo 155. En los demás casos no será susceptible de recurso alguno.*

*Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, en las leyes N°17.798 y N°20.000 y de los delitos de castración, mutilaciones y lesiones contra miembros de Carabineros, de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería de Chile, en el ejercicio de sus funciones, el imputado que hubiere sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido o se encontrare en prisión preventiva no podrá ser puesto en libertad mientras no se encontrare ejecutoriada la resolución que negare, sustituyere o revocare la prisión preventiva. El recurso de apelación contra esta resolución deberá interponerse en la misma audiencia, gozará de preferencia para su vista y fallo y será agregado extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso al Tribunal de Alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil. Cada Corte de Apelaciones deberá establecer una sala de turno que conozca estas apelaciones en días feriados.*

*En los casos en que no sea aplicable lo dispuesto en el inciso anterior, estando pendiente el recurso contra la resolución que dispone la libertad, para impedir la posible fuga del imputado la Corte de Apelaciones respectiva tendrá la facultad de decretar una orden de no innovar, desde luego y sin esperar la vista del recurso de apelación del fiscal o del querellante”.*

**CUARTO:** Que, siendo uno de los delitos formalizados, de aquellos citados en la norma en cuestión, tratándose de una resolución que sustituye prisión preventiva por arresto domiciliario total, resulta aplicable lo dispuesto en el inciso segundo, destacándose de su tenor aquella parte que indica: “*El recurso de apelación contra esta resolución deberá interponerse en la misma audiencia (...)*”.

Es decir, la normativa dispone para estos específicos casos una especial forma de interposición del recurso, siendo imperativo al utilizar una conjugación del verbo “deber”.

De este modo, no resulta procedente dar lugar al recurso de hecho, pues el tribunal ha resuelto correctamente ante un recurso presentado fuera de audiencia, por escrito, por parte querellante. Al respecto cabe destacar que el inciso segundo del artículo 149 no distingue, para la aplicación de la norma, si la apelación se interpone por fiscal o querellante, pues solo pone énfasis en que se trate de una resolución que negare, sustituyere o revocare la prisión preventiva, de manera que allí donde la ley no distingue no corresponde al interprete distinguir, siendo aplicable tanto a fiscal como a querellante.

Por lo expuesto, normas citadas y visto, además, lo dispuesto en los artículos 149 y 369 del Código Procesal Penal, se **RECHAZA** el recurso de hecho interpuesto por la abogada doña Débhora María Maldonado Acosta, en contra de la resolución de 7 de diciembre de 2018, dictada en causa RIT 406-2018, RUC 1700490719-1 del Juzgado de Garantía de Río Negro.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

INDICES

<i>Tema</i>	<i>Ubicación</i>
Antijuricidad	<a href="#">2018 2.sem p.116-119</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.120-122</a>
Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal	<a href="#">2018 2.sem p.25-27</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.34-38</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.106-110</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.162-164</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.199-201</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.227-230</a>
Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal	<a href="#">2018 2.sem p.74-79</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.102-105</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.106-110</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.179-184</a>
Concurso de delitos	<a href="#">2018 2.sem p.96-101</a>
Delitos sexuales	<a href="#">2018 2.sem p.61-65</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.61-65</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.137-149</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.150-155</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.220-226</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.242-246</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.247-253</a>
Delitos contra bienes jurídicos colectivos	<a href="#">2018 2.sem p.170-178</a>
Delitos contra la propiedad	<a href="#">2018 2.sem p.25-27</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.34-38</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.88-95</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.133-136</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.162-164</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.199-201</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.227-230</a>
Delitos contra la vida	<a href="#">2018 2.sem p.80-87</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.156-161</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.165-169</a>
Derecho penitenciario	<a href="#">2018 2.sem p.120-122</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.150-155</a>
Determinación legal/judicial de la pena	<a href="#">2018 2.sem p.170-178</a>
Etapas investigación	<a href="#">2018 2.sem p.185-188</a>
Garantías constitucionales	<a href="#">2018 2.sem p.50-53</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.54-57</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.102-105</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.185-188</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.192-195</a>
Imputación	<a href="#">2018 2.sem p.28-33</a>
Interpretación de la ley penal	<a href="#">2018 2.sem p.206-212</a>
Iter Criminis	<a href="#">2018 2.sem p.133-136</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.165-169</a>
Ley de medidas alternativas a la privación/restricción de libertad	<a href="#">2018 2.sem p.39-46</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.111-115</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.196-198</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.202-205</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.213-219</a>

Ley de tráfico ilícito de Estupefacientes y sustancias sicotrópicas	<a href="#">2018 2.sem p.74-79</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.80-87</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.88-95</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.116-119</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.235-241</a>
Ley de tránsito	<a href="#">2018 2.sem p.58-60</a>
Ley de violencia intrafamiliar	<a href="#">2018 2.sem p.156-161</a>
Medidas cautelares	<a href="#">2018 2.sem p.47-49</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.213-219</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.254-258</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.262-264</a>
Otras leyes especiales	<a href="#">2018 2.sem p.206-212</a>
Principios y garantías del sistema procesal en el CPP	<a href="#">2018 2.sem p.54-57</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.66-70</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.71-73</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.123-132</a>
Procedimientos especiales	<a href="#">2018 2.sem p.199-201</a>
Prueba	<a href="#">2018 2.sem p.61-65</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.80-87</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.88-95</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.96-101</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.123-132</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.137-149</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.179-184</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.185-188</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.192-195</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.231-234</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.235-241</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.247-253</a>
Recursos	<a href="#">2018 2.sem p.28-33</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.34-38</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.39-46</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.47-49</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.61-65</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.66-70</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.71-73</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.74-79</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.80-87</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.88-95</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.96-101</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.106-110</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.111-115</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.116-119</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.120-122</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.123-132</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.133-136</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.137-149</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.150-155</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.156-161</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.162-164</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.165-169</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.170-178</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.179-184</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.185-188</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.189-191</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.192-195</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.196-198</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.199-201</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.202-205</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.206-212</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.213-219</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.220-226</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.227-230</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.231-234</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.235-241</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.242-246</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.247-253</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.254-258</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.259-261</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.262-264</a>
Responsabilidad penal adolescente	<a href="#">2018 2.sem p.50-53</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.102-105</a>
Tipicidad	<a href="#">2018 2.sem p.116-119</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.120-122</a>

<i>Descriptor</i>	<i>Ubicación</i>
Abono cumplimiento de la pena	<a href="#">2018 2.sem p.66-70</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.71-73</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.111-115</a> ;
Abuso sexual	<a href="#">2018 2.sem p.137-149</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.220-226</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.242-246</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.247-253</a> ;
Acciones constitucionales	<a href="#">2018 2.sem p.54-57</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.66-70</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.202-205</a> ;
Amenazas	<a href="#">2018 2.sem p.259-261</a>
Beneficios intrapenitenciarios	<a href="#">2018 2.sem p.111-115</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.202-205</a> ;
Cohecho	<a href="#">2018 2.sem p.170-178</a>
Colaboración sustancial al esclarecimientos de los hechos	<a href="#">2018 2.sem p.74-79</a>
Conducción en estado de ebriedad	<a href="#">2018 2.sem p.58-60</a>
Consentimiento	<a href="#">2018 2.sem p.28-33</a>
Constitución Política	<a href="#">2018 2.sem p.66-70</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.202-205</a>
Control ejecución sanciones de adolescentes	<a href="#">2018 2.sem p.50-53</a>
Cumplimiento de condena	<a href="#">2018 2.sem p.39-46</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.71-73</a>
Defraudación	<a href="#">2018 2.sem p.206-212</a>
Delito consumado	<a href="#">2018 2.sem p.25-27</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.133-136</a>
Delito de la misma especie	<a href="#">2018 2.sem p.25-27</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.162-164</a>
Delito frustrado	<a href="#">2018 2.sem p.102-105</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.133-136</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.165-169</a>
Delito tentado	<a href="#">2018 2.sem p.165-169</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.242-246</a>
Delitos contra la libertad	<a href="#">2018 2.sem p.96-101</a>
Derecho a la libertad personal y seguridad individual	<a href="#">2018 2.sem p.150-155</a>
Derecho ejecución sanciones adolescentes	<a href="#">2018 2.sem p.50-53</a>
Derechos del imputado	<a href="#">2018 2.sem p.54-57</a>
Derechos fundamentales	<a href="#">2018 2.sem p.54-57</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.111-115</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.150-155</a>
Desacato	<a href="#">2018 2.sem p.213-219</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.254-258</a>

Duda razonable	<a href="#">2018 2.sem p.235-241</a>
Erronea aplicación del derecho	<a href="#">2018 2.sem p.34-38</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.156-161</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.170-178</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.227-230</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.242-246</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.254-258</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.259-261</a>
Establecimientos carcelarios	<a href="#">2018 2.sem p.120-122</a>
Exclusión de prueba	<a href="#">2018 2.sem p.185-188</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.192-195</a>
Falsificación	<a href="#">2018 2.sem p.206-212</a>
Fundamentación	<a href="#">2018 2.sem p.54-57</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.96-101</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.106-110</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.123-132</a>
Garantías	<a href="#">2018 2.sem p.150-155</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.185-188</a>
Homicidio simple	<a href="#">2018 2.sem p.165-169</a>
Hurto	<a href="#">2018 2.sem p.25-27</a>
Imputación objetiva	<a href="#">2018 2.sem p.28-33</a>
Imputación subjetiva	<a href="#">2018 2.sem p.28-33</a>
Informe pericial	<a href="#">2018 2.sem p.88-95</a>
Infracción sustancial de derechos y garantías	<a href="#">2018 2.sem p.54-57</a>
Internación provisional	<a href="#">2018 2.sem p.50-53</a>
Lesiones menos graves	<a href="#">2018 2.sem p.156-161</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.213-219</a>
Maltrato habitual	<a href="#">2018 2.sem p.231-234</a>
Medidas cautelares personales	<a href="#">2018 2.sem p.50-53</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.196-198</a>
Medidas cautelares reales	<a href="#">2018 2.sem p.47-49</a>
Medio comisivo	<a href="#">2018 2.sem p.96-101</a>
Medios de prueba	<a href="#">2018 2.sem p.123-132</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.231-234</a>
Non bis in idem	<a href="#">2018 2.sem p.96-101</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.199-201</a>
Parricidio	<a href="#">2018 2.sem p.80-87</a>
Penas no privativas de libertad	<a href="#">2018 2.sem p.39-46</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.156-161</a>
Perjuicio	<a href="#">2018 2.sem p.202-205</a>
Pluralidad de malhechores	<a href="#">2018 2.sem p.54-57</a>
Principio de inmediación	<a href="#">2018 2.sem p.231-234</a>
Prisión preventiva	<a href="#">2018 2.sem p.196-198</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.262-264</a>

Procedimiento abreviado	<a href="#">2018 2.sem p.54-57</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.199-201</a>
Procedimiento aplicable a adolescentes	<a href="#">2018 2.sem p.50-53</a>
Prohibición de acercarse a la víctima	<a href="#">2018 2.sem p.254-258</a>
Prueba ilícita	<a href="#">2018 2.sem p.185-188</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.192-195</a>
Prueba indirecta	<a href="#">2018 2.sem p.88-95</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.247-253</a>
Prueba testimonial	<a href="#">2018 2.sem p.179-184</a>
Rebaja en grados de penalidad	<a href="#">2018 2.sem p.170-178</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.199-201</a>
Reclusión nocturna	<a href="#">2018 2.sem p.39-46</a>
Recurso de amparo	<a href="#">2018 2.sem p.50-53</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.54-57</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.66-70</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.71-73</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.111-115</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.150-155</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.202-205</a>
Recurso de apelación	<a href="#">2018 2.sem p.39-46</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.102-105</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.120-122</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.192-195</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.196-198</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.199-201</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.262-264</a>
Recurso de hecho	<a href="#">2018 2.sem p.47-49</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.189-191</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.196-198</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.262-264</a>
Recurso de nulidad	<a href="#">2018 2.sem p.25-27</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.28-33</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.34-38</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.61-65</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.74-79</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.80-87</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.88-95</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.96-101</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.106-110</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.116-119</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.123-132</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.133-136</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.137-149</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.156-161</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.162-164</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.165-169</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.170-178</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.179-184</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.185-188</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.213-219</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.220-226</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.227-230</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.231-234</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.235-241</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.242-246</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.247-253</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.254-258</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.259-261</a>
Reglas de la lógica	<a href="#">2018 2.sem p.123-132</a>
Reincidencia	<a href="#">2018 2.sem p.25-27</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.102-105</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.106-110</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.162-164</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.227-230</a>
Remisión condicional de la pena	<a href="#">2018 2.sem p.39-46</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.58-60</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.206-212</a>
Robo con fuerza en las cosas	<a href="#">2018 2.sem p.34-38</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.133-136</a>
Secuestro	<a href="#">2018 2.sem p.47-49</a>
Sobreseimiento definitivo	<a href="#">2018 2.sem p.189-191</a>

Suspensión de licencia	<a href="#">2018 2.sem p.58-60</a>
Tercerías	<a href="#">2018 2.sem p.47-49</a>
Tipicidad objetiva	<a href="#">2018 2.sem p.116-119</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.120-122</a>
Toxicología	<a href="#">2018 2.sem p.235-241</a>
Trafico ilícito de drogas	<a href="#">2018 2.sem p.74-79</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.235-241</a>
Valoración de la prueba	<a href="#">2018 2.sem p.61-65</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.80-87</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.88-95</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.137-149</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.179-184</a>
Violación	<a href="#">2018 2.sem p.61-65</a>
Violencia intrafamiliar	<a href="#">2018 2.sem p.28-33</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.213-219</a>
Robo con intimidación	<a href="#">2018 2.sem p.25-27</a>

<i>Norma</i>	<i>Ubicación</i>
CP art.11 N°9	<a href="#">2018 2.sem p.74-79</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.106-110</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.179-184</a>
CP art.12 N°16	<a href="#">2018 2.sem p.25-27</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.106-110</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.162-164</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.199-201</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.227-230</a>
CP art.203	<a href="#">2018 2.sem p.206-212</a>
CP art.204	<a href="#">2018 2.sem p.206-212</a>
CP art.248 bis	<a href="#">2018 2.sem p.170-178</a>
CP art.296 N°3	<a href="#">2018 2.sem p.213-219</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.259-261</a>
CP art.351	<a href="#">2018 2.sem p.170-178</a>
CP art.362	<a href="#">2018 2.sem p.61-65</a>
CP art.366 bis	<a href="#">2018 2.sem p.71-73</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.137-149</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.220-226</a>
CP art.366 ter	<a href="#">2018 2.sem p.137-149</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.220-226</a>
CP art.390	<a href="#">2018 2.sem p.80-87</a>
CP art.399	<a href="#">2018 2.sem p.156-161</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.213-219</a>
CP art.432	<a href="#">2018 2.sem p.25-27</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.39-46</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.162-164</a>
CP art.436 1	<a href="#">2018 2.sem p.25-27</a>

CP art.436 N°3	<a href="#">2018 2.sem p.39-46</a>
CP art.439	<a href="#">2018 2.sem p.25-27</a>
CP art.440 N°1	<a href="#">2018 2.sem p.106-110</a>
CP art.442	<a href="#">2018 2.sem p.165-169</a>
CP art.442 N°1	<a href="#">2018 2.sem p.50-53</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.133-136</a>
CP art.446 N°2	<a href="#">2018 2.sem p.227-230</a>
CP art.449	<a href="#">2018 2.sem p.34-38</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.106-110</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.199-201</a>
CP art.450	<a href="#">2018 2.sem p.34-38</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.102-105</a>
CP art.456 bis a	<a href="#">2018 2.sem p.123-132</a>
CP art.494 N°5	<a href="#">2018 2.sem p.213-219</a>
CP art.496 N°10	<a href="#">2018 2.sem p.120-122</a>
CP art.50	<a href="#">2018 2.sem p.34-38</a>
CP art.51	<a href="#">2018 2.sem p.34-38</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.133-136</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.165-169</a>
CP art.52	<a href="#">2018 2.sem p.34-38</a>
CP art.67	<a href="#">2018 2.sem p.34-38</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.170-178</a>
CP art.68	<a href="#">2018 2.sem p.34-38</a>
CP art.69	<a href="#">2018 2.sem p.34-38</a>
CP art.7	<a href="#">2018 2.sem p.133-136</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.165-169</a>
CP art.74	<a href="#">2018 2.sem p.71-73</a>
CPC art.240	<a href="#">2018 2.sem p.28-33</a> ;
CPC art.240 inc.2	<a href="#">2018 2.sem p.254-258</a>
CPP art.129	<a href="#">2018 2.sem p.192-195</a>
CPP art.14	<a href="#">2018 2.sem p.189-191</a>
CPP art.149	<a href="#">2018 2.sem p.196-198</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.262-264</a>
CPP art.158	<a href="#">2018 2.sem p.47-49</a>
CPP art.189	<a href="#">2018 2.sem p.47-49</a>
CPP art.215	<a href="#">2018 2.sem p.192-195</a>
CPP art.250 a	<a href="#">2018 2.sem p.120-122</a>
CPP art.253	<a href="#">2018 2.sem p.189-191</a>
CPP art.276	<a href="#">2018 2.sem p.185-188</a>
CPP art.277	<a href="#">2018 2.sem p.192-195</a>

CPP art.297	<a href="#">2018 2.sem p.61-65</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.80-87</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.88-95</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.96-101</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.123-132</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.137-149</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.231-234</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.242-246</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.247-253</a>
CPP art.331	<a href="#">2018 2.sem p.185-188</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.231-234</a>
CPP art.332	<a href="#">2018 2.sem p.185-188</a>
CPP art.334	<a href="#">2018 2.sem p.185-188</a>
CPP art.341	<a href="#">2018 2.sem p.259-261</a>
CPP art.342 c	<a href="#">2018 2.sem p.61-65</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.80-87</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.88-95</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.96-101</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.137-149</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.231-234</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.242-246</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.247-253</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.259-261</a>
CPP art.342 d	<a href="#">2018 2.sem p.88-95</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.96-101</a>
CPP art.351	<a href="#">2018 2.sem p.227-230</a>
CPP art.352	<a href="#">2018 2.sem p.196-198</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.235-241</a>
CPP art.36	<a href="#">2018 2.sem p.54-57</a>
CPP art.360	<a href="#">2018 2.sem p.47-49</a>
CPP art.364	<a href="#">2018 2.sem p.102-105</a>
CPP art.366	<a href="#">2018 2.sem p.189-191</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.192-195</a>
CPP art.369	<a href="#">2018 2.sem p.189-191</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.196-198</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.262-264</a>
CPP art.370	<a href="#">2018 2.sem p.189-191</a>
CPP art.371	<a href="#">2018 2.sem p.262-264</a>
CPP art.372	<a href="#">2018 2.sem p.235-241</a>
CPP art.373 a	<a href="#">2018 2.sem p.137-149</a>
CPP art.373 b	<a href="#">2018 2.sem p.58-60</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.61-65</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.74-79</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.96-101</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.106-110</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.116-119</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.133-136</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.156-161</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.162-164</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.165-169</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.170-178</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.179-184</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.206-212</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.213-219</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.220-226</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.227-230</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.235-241</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.242-246</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.254-258</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.254-258</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.259-261</a>

CPP art.374 e	<a href="#">2018 2.sem p.61-65</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.80-87</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.88-95</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.96-101</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.123-132</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.137-149</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.179-184</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.231-234</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.242-246</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.247-253</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.259-261</a>
CPP art.390	<a href="#">2018 2.sem p.156-161</a>
CPP art.395	<a href="#">2018 2.sem p.156-161</a>
CPP art.406	<a href="#">2018 2.sem p.199-201</a>
CPP art.407	<a href="#">2018 2.sem p.54-57</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.199-201</a>
CPP art.432	<a href="#">2018 2.sem p.106-110</a>
CPR art.19 N° 21	<a href="#">2018 2.sem p.150-155</a>
CPR art.19 N°6	<a href="#">2018 2.sem p.150-155</a>
CPR art.19 N°7	<a href="#">2018 2.sem p.50-53</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.66-70</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.150-155</a>
CPR art.21	<a href="#">2018 2.sem p.50-53</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.54-57</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.66-70</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.71-73</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.111-115</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.202-205</a>
CPR art.385	<a href="#">2018 2.sem p.206-212</a>
CPR art.6	<a href="#">2018 2.sem p.150-155</a>
CPR art.7	<a href="#">2018 2.sem p.54-57</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.111-115</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.150-155</a>
CPR art.9 n°3 inc.6	<a href="#">2018 2.sem p.54-57</a>
DL2442	<a href="#">2018 2.sem p.202-205</a>
DL2859 art.12	<a href="#">2018 2.sem p.150-155</a>
DL321 art.2	<a href="#">2018 2.sem p.66-70</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.71-73</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.111-115</a>
DL321 art.24	<a href="#">2018 2.sem p.111-115</a>
DL321 art.5°	<a href="#">2018 2.sem p.66-70</a>
L18216	<a href="#">2018 2.sem p.39-46</a>
L18216 art.4	<a href="#">2018 2.sem p.206-212</a>
L18216 art.5.	<a href="#">2018 2.sem p.58-60</a>
L18290 art.110	<a href="#">2018 2.sem p.58-60</a>
L18290 art.196	<a href="#">2018 2.sem p.58-60</a>
L20000 art.1	<a href="#">2018 2.sem p.74-79</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.116-119</a>
L20000 art.3	<a href="#">2018 2.sem p.74-79</a>
L20000 art.4	<a href="#">2018 2.sem p.116-119</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.235-241</a>
L20066 art.10	<a href="#">2018 2.sem p.28-33</a>
L20066 art.18	<a href="#">2018 2.sem p.28-33</a>

L20066 art.5	<a href="#">2018 2.sem p.156-161</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.213-219</a>
L20066 art.9	<a href="#">2018 2.sem p.156-161</a>
L20084 art.1	<a href="#">2018 2.sem p.102-105</a>
L20084 art.21	<a href="#">2018 2.sem p.50-53</a>
L20084 art.23	<a href="#">2018 2.sem p.50-53</a>
L20084 art.23 n°2	<a href="#">2018 2.sem p.102-105</a>
L20084 art.24	<a href="#">2018 2.sem p.102-105</a>
L20084 art.33	<a href="#">2018 2.sem p.50-53</a>

*Delito*

*Ubicación*

Abigeato	<a href="#">2018 2.sem p.47-49</a>
Abuso sexual	<a href="#">2018 2.sem p.220-226</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.242-246</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.262-264</a>
Abuso sexual impropio	<a href="#">2018 2.sem p.71-73</a>
Abuso sexual reiterado	<a href="#">2018 2.sem p.137-149</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.247-253</a>
Amenazas no condicionales	<a href="#">2018 2.sem p.259-261</a>
Apropiación indebida	<a href="#">2018 2.sem p.189-191</a>
Cohecho	<a href="#">2018 2.sem p.170-178</a>
Conducción en estado de ebriedad	<a href="#">2018 2.sem p.58-60</a>
Desacato	<a href="#">2018 2.sem p.28-33</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.213-219</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.254-258</a>
Estupro	<a href="#">2018 2.sem p.71-73</a>
Homicidio simple	<a href="#">2018 2.sem p.165-169</a>
Hurto simple	<a href="#">2018 2.sem p.39-46</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.227-230</a>
Lesiones menos graves en VIF	<a href="#">2018 2.sem p.156-161</a>
Lesiones menos graves	<a href="#">2018 2.sem p.213-219</a>
Maltrato habitual	<a href="#">2018 2.sem p.231-234</a>
Microtráfico	<a href="#">2018 2.sem p.185-188</a>
Parricidio	<a href="#">2018 2.sem p.80-87</a>
Porte ilegal de arma de fuego	<a href="#">2018 2.sem p.54-57</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.192-195</a>
Receptación	<a href="#">2018 2.sem p.123-132</a>
Riña pública	<a href="#">2018 2.sem p.120-122</a>

Robo con fuerza en lugar habitado	<a href="#">2018 2.sem p.34-38</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.88-95</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.102-105</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.106-110</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.199-201</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.202-205</a>
Robo con fuerza en lugar no habitado	<a href="#">2018 2.sem p.50-53</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.133-136</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.179-184</a>
Robo con intimidación	<a href="#">2018 2.sem p.25-27</a>
Robo en bienes nacionales	<a href="#">2018 2.sem p.162-164</a>
Tráfico de migrantes	<a href="#">2018 2.sem p.96-101</a>
Tráfico ilícito de estupefacientes	<a href="#">2018 2.sem p.66-70</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.74-79</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.116-119</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.235-241</a>
Trata de personas	<a href="#">2018 2.sem p.96-101</a>
Uso malicioso de certificado falso	<a href="#">2018 2.sem p.206-212</a>
Violación de menor de 14 años	<a href="#">2018 2.sem p.61-65</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.242-246</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.262-264</a>

<i>Defensor</i>	<i>Ubicación</i>
Alfred Bonvallet	<a href="#">2018 2.sem p.80-87</a>
Cesar Garnica	<a href="#">2018 2.sem p.96-101</a>
Claudio Pranbs	<a href="#">2018 2.sem p.47-49</a>
Cristian Otarola	<a href="#">2018 2.sem p.39-46</a>
Cristian Rozas	<a href="#">2018 2.sem p.254-258</a>
Cristobal Carvajal	<a href="#">2018 2.sem p.137-149</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.206-212</a> ;
Eliana Angulo	<a href="#">2018 2.sem p.259-261</a> ;
Eugenio Eduardo Diaz	<a href="#">2018 2.sem p.196-198</a>
Felipe Andrés Saldivia Ramos	<a href="#">2018 2.sem p.74-79</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.213-219</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.242-246</a> ;
Francisca Vasquez	<a href="#">2018 2.sem p.102-105</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.179-184</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.185-188</a> ;
Franklin Gallegos	<a href="#">2018 2.sem p.170-178</a>
Hardy Grothe	<a href="#">2018 2.sem p.66-70</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.71-73</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.111-115</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.133-136</a> ;
Juan Rodrigo Sáez Bertoline	<a href="#">2018 2.sem p.61-65</a> ;
Marcela Tapia	<a href="#">2018 2.sem p.88-95</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.150-155</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.202-205</a> ;

Matias Hiriart	<a href="#">2018 2.sem p.189-191;</a>
Mauricio Aguilera	<a href="#">2018 2.sem p.123-132;</a> <a href="#">2018 2.sem p.231-234;</a> <a href="#">2018 2.sem p.247-253;</a>
Mauricio Obrequé	<a href="#">2018 2.sem p.25-27</a>
Oscar Soto	<a href="#">2018 2.sem p.220-226;</a>
Pablo Ardouin	<a href="#">2018 2.sem p.54-57;</a> <a href="#">2018 2.sem p.199-201;</a>
Pamela Gonzalez	<a href="#">2018 2.sem p.34-38;</a> <a href="#">2018 2.sem p.58-60;</a> <a href="#">2018 2.sem p.106-110;</a> <a href="#">2018 2.sem p.227-230;</a>
Rigoberto Marín	<a href="#">2018 2.sem p.50-53</a>
Valeria Arriagada	<a href="#">2018 2.sem p.116-119;</a> <a href="#">2018 2.sem p.162-164;</a> <a href="#">2018 2.sem p.165-169;</a>

---

*Magistrado    Ubicación*

---

Ana Maria Rosa Emilia del Leon Espejo	<a href="#">2018 2.sem p.123-132;</a> <a href="#">2018 2.sem p.242-246;</a>
Blanca Inés Aguilera Astudillo	<a href="#">2018 2.sem p.133-136;</a> <a href="#">2018 2.sem p.165-169;</a>
Caludio Eugenio Aravena Bustos	<a href="#">2018 2.sem p.50-53;</a> <a href="#">2018 2.sem p.102-105;</a> <a href="#">2018 2.sem p.123-132;</a> <a href="#">2018 2.sem p.137-149;</a> <a href="#">2018 2.sem p.206-212;</a> <a href="#">2018 2.sem p.259-261</a>
Carlos Ivan Gutierrez Zavala	<a href="#">2018 2.sem p.80-87;</a> <a href="#">2018 2.sem p.150-155;</a> <a href="#">2018 2.sem p.165-169;</a> <a href="#">2018 2.sem p.170-178;</a> <a href="#">2018 2.sem p.262-264</a>
Claudio Roberto Novoa Araya	<a href="#">2018 2.sem p.106-110;</a> <a href="#">2018 2.sem p.116-119;</a> <a href="#">2018 2.sem p.179-184;</a> <a href="#">2018 2.sem p.220-226;</a> <a href="#">2018 2.sem p.242-246;</a> <a href="#">2018 2.sem p.262-264</a>
Gloria Edith Del Carmen Hidalgo Alvarez	<a href="#">2018 2.sem p.116-119;</a> <a href="#">2018 2.sem p.133-136;</a> <a href="#">2018 2.sem p.137-149;</a> <a href="#">2018 2.sem p.150-155;</a> <a href="#">2018 2.sem p.196-198;</a> <a href="#">2018 2.sem p.206-212;</a> <a href="#">2018 2.sem p.220-226;</a> <a href="#">2018 2.sem p.254-258;</a>
Juan Carlos Vidal Etcheverry	<a href="#">2018 2.sem p.25-27;</a> <a href="#">2018 2.sem p.47-49;</a> <a href="#">2018 2.sem p.71-73;</a> <a href="#">2018 2.sem p.74-79;</a> <a href="#">2018 2.sem p.162-164;</a> <a href="#">2018 2.sem p.189-191;</a> <a href="#">2018 2.sem p.231-234;</a>

Juan Ignacio Correa Rosado	<a href="#">2018 2.sem p.25-27</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.28-33</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.39-46</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.54-57</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.61-65</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.120-122</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.133-136</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.156-161</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.162-164</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.185-188</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.202-205</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.213-219</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.227-230</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.231-234</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.235-241</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.247-253</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.254-258</a> ;
Luis Moisés Aedo Mora	<a href="#">2018 2.sem p.54-57</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.74-79</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.120-122</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.156-161</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.185-188</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.196-198</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.213-219</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.220-226</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.227-230</a> ;
Marcela Tapia Silva	<a href="#">2018 2.sem p.88-95</a>
Marcia del Carmen Undurraga Jensen	<a href="#">2018 2.sem p.25-27</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.28-33</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.61-65</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.120-122</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.156-161</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.162-164</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.185-188</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.196-198</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.202-205</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.206-212</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.213-219</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.227-230</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.231-234</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.235-241</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.242-246</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.247-253</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.254-258</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.262-264</a>
María Heliana De Los Ángeles Del Rio Tapia	<a href="#">2018 2.sem p.39-46</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.58-60</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.66-70</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.71-73</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.74-79</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.170-178</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.202-205</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.247-253</a> ;
María Soledad Piñeiro Fuenzalida	<a href="#">2018 2.sem p.34-38</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.50-53</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.54-57</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.102-105</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.106-110</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.111-115</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.137-149</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.192-195</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.199-201</a> ;
Mario Julio Kompatzki Contreras	<a href="#">2018 2.sem p.34-38</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.47-49</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.50-53</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.58-60</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.80-87</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.102-105</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.111-115</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.116-119</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.123-132</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.165-169</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.179-184</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.189-191</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.192-195</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.199-201</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.259-261</a>
Ricardo Adolfo Hernandez Medina	<a href="#">2018 2.sem p.28-33</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.235-241</a> ;
Roberto Novoa Araya.	<a href="#">2018 2.sem p.66-70</a>
Samuel David Muñoz Weisz	<a href="#">2018 2.sem p.47-49</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.58-60</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.66-70</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.71-73</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.80-87</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.96-101</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.106-110</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.111-115</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.150-155</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.170-178</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.179-184</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.189-191</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.192-195</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.199-201</a> ; <a href="#">2018 2.sem p.259-261</a>

<p>CA Valdivia 04.07.2018 rol 34-2018. Rechaza Recurso de Nulidad presentado por la Defensoría, estima que son delitos de la misma especie, los delitos de Hurto y Robo con Intimidación, al vulnerar ambos delitos un mismo bien jurídico protegido, consecuentemente es aplicable la agravante del rt.12 N°16 del CP.</p>	<p><a href="#">2018 2.sem p.25-27</a></p>
<p>CA Valdivia 12.07.2018 rol 10-2018. Ministerio Público recurre de Nulidad contra la sentencia definitiva que absuelve al imputado por el delito de desacato en contexto de VIF. Se rechaza el recurso estimando que no concurre la faz subjetiva del tipo penal, los hechos no revelan un ánimo de incumplimiento desafiante de la resolución judicial.</p>	<p><a href="#">2018 2.sem p.28-33</a></p>
<p>CA Valdivia 06.07.2018 rol 55-2018 Rechaza Recurso de Nulidad, estima aplicable en los delitos contra la propiedad la aplicación conjunta de los art.449 y 450 del CP.Hay un voto disidente, fundamentado en el principio de interpretación restrictiva de las normas penales.</p>	<p><a href="#">2018 2.sem p.34-38</a></p>
<p>CA Valdivia 17.07.2018 rol 105-2018. Recurso de Apelación interpuesto por la Defensoría, sólo en cuanto rechaza la aplicación de penas sustitutivas. Se revoca la sentencia pronunciada por el T.O.P en la parte que ordena el cumplimiento efectivo de las penas corporales impuestas a los acusados.</p>	<p><a href="#">2018 2.sem p.39-46</a></p>
<p>CA Valdivia 17.07.2018 rol 1168-2016. Recurso de hecho contra el Juzgado de Garantía de Río Negro que concedió el recurso de apelación interpuesto por un tercerista contra la resolución que, mantuvo la medida cautelar real de secuestro dictada en el proceso.</p>	<p><a href="#">2018 2.sem p.47-49</a></p>
<p>CA De Valdivia 03.08.2018 rol 52 – 2018. Acoge recurso de amparo a favor de adolescente recluso en el Centro de internación Provisoria, al haber sido privado de sus derechos legales y constitucionales por el Juzgado de Garantía, quien decretó Internación Provisoria del imputado, con infracción de la Constitución, las leyes y Tratados Internacionales.</p>	<p><a href="#">2018 2.sem p.50-53</a></p>
<p>CA De Valdivia 06.08.2018 rol 54- 2018. Se acoge el recurso de amparo en contra del Juez de Garantía, quien rechaza solicitud de discusión de procedimiento abreviado sin fundamento legal alguno.</p>	<p><a href="#">2018 2.sem p.54-57</a></p>

CA De Valdivia 09.08.2018 rol 464-2018 Acoge recurso de nulidad contra sentencia del Juzgado de Garantía de Valdivia por la que se condenó a un hombre como autor del delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, ordenando dictar sentencia de reemplazo.

[2018 2.sem p.58-60](#)

C.A De Valdivia 09.08.2018 rol 470-2018. Rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa contra sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia que condenó a P.R.C como autor del delito de violación de menor de catorce años, se confirma la sentencia de primera instancia.

[2018 2.sem p.61-65](#)

CA de Valdivia 13.08.2018 Rol 46 – 2018. Acoge recurso de amparo en contra de la sentencia de la Comisión de Beneficio de Libertad Condicional, quien había denegado el beneficio de libertad condicional, vulnerando el derecho a la libertad personal por considerar que no cumplía con los requisitos establecidos en la ley.

[2018 2.sem p.66-70](#)

CA de Valdivia 14.08.2018 Rol 47 – 2018 AMP.Rechaza recurso de amparo que se interpuso en contra de la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones por estar el imputado con beneficio de reducción de condena en una de las penas de uno de los delitos cometidos, más no cumpliéndose el tiempo en el requisito de delito de abuso sexual impropio.

[2018 2.sem p.71-73](#)

CA Valdivia 24.08.2018 rol 73-2018. Rechaza recurso de nulidad deducido contra sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia por la que se condena a D.T.A a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autora del delito consumado de tráfico ilícito de drogas; sin considerar la aminorante del artículo 11 n° 9 del CP, aun cuando la imputada habría prestado declaración.

[2018 2.sem p.74-79](#)

CA Valdivia 24.08.2018 rol 49-2018. Rechaza recurso de nulidad presentado, en contra de sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia; por la que se condena a R.C.F a la pena de 20 años de presidio mayor en su grado máximo, como autor del delito consumado de parricidio. Confirmándose el fallo del a quo.

[2018 2.sem p.80-87](#)

CA Valdivia 31.08.2018 rol 112-2018. Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa contra sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, recurrida por fundar su decisión en prueba indiciaria; prueba que la Corte estima procedente por no sobrepasar los límites de la libre valoración.

[2018 2.sem p.88-95](#)

CA Valdivia 17.08.2018 rol 136-2017. Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa contra sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, por la que se condena a dos individuos como autores del delito de tráfico de migrantes y trata de personas por trabajo forzado

[2018 2.sem p.96-101](#)

CA Valdivia 20.08.2018 rol 7263-2017. Rechaza recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra sentencia del Juzgado de Garantía de Valdivia, por la cual se condena a dos adolescentes con aplicación de la regla de determinación del artículo 450 del Código Penal.

[2018 2.sem p.102-105](#)

CA Valdivia 29.08.2018 rol 85-2018. Rechaza recurso de nulidad interpuesto contra sentencia del Tribunal Oral en lo Penal por la que se condena a una persona a la pena de siete años y ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo, con errónea calificación de las circunstancias modificatorias a juicio de la defensa.

[2018 2.sem p.106-110](#)

CA de Valdivia 30.08.2018 rol 50 – 2018 AMP. Acoge recurso de amparo en contra de Comisión de Libertad Vigilada de la Corte de Apelaciones, que no había considerado con totalidad el tiempo mínimo de cumplimiento de condena para optar a este beneficio, cumplir con las exigencias correspondientes del artículo 2 del DL 321, mantener una conducta intachable y aprender un oficio.

[2018 2.sem p.111-115](#)

CA de Valdivia. 04.09.2018 rol 545-2018. Se rechaza Recurso de Nulidad. No aparece como imprescindible para la punibilidad de la conducta de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, el determinar el grado de pureza, ya que dicho análisis no es una exigencia del tipo penal. Se constata la existencia de diversas decisiones jurisdiccionales.

[2018 2.sem p.116-119](#)

CA Valdivia 05.09.2018 rol 3226-2018. Se confirma la resolución de alzada que sobreseyó definitiva y parcialmente a dos imputados por la falta de riña pública, puesto que los hechos no son compatibles con la descripción típica del tipo penal. No ocurrieron en un lugar público sino en un Complejo Penitenciario.

[2018 2.sem p.120-122](#)

CA Valdivia 14.09.2018 rol 868-2018. Recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, fundamentado en una errónea valoración de la prueba rendida en juicio con infracción a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

[2018 2.sem p.123-132](#)

CA Valdivia 25.09.2018 rol 48-2018. Corte rechaza recurso de nulidad, adheriendo a la teoría de la ablatio, ratificando la condena por el delito de robo con fuerza en lugar no habitado en grado consumado, desechando la petición de la defensa que solicitaba la rebaja en un grado por encontrarse en grado de frustrado.

[2018 2.sem p.133-136](#)

CA Valdivia 01.10.2018 rol 23-2018. Recurso de nulidad que solicita que se absuelva por defectos en la valoración de la prueba que se desarrolla en la sentencia condenatoria por el delito de abuso sexual reiterado. La Corte lo rechaza, señalando que el recurrente busca que se haga una nueva ponderación de la prueba.

[2018 2.sem p.137-149](#)

CA De Valdivia 02.10.2018 rol 66 – 2018. Acoge recurso de amparo por vulneración de derechos constitucionales de libertad personal y seguridad individual y por violar el artículo 19 N° 6 y 7 de la Constitución Política de la República, siendo el responsable el Director Regional de Gendarmería. Se dejan sin efecto los beneficios extra penitenciarios que mantenían antes de su revocación

[2018 2.sem p.150-155](#)

CA Valdivia 04.10.2018 rol 438-2017. Recurso de nulidad interpuesto por Fiscalía, por ser condenado el acusado por dos delitos de lesiones menos graves, más una falta de daños, siendo impuesta solo la pena principal, sin haber otorgado medidas accesorias del art.9 de la ley 20066.

[2018 2.sem p.156-161](#)

CA Valdivia 10.10.2018 rol 121-2018. Recurso de nulidad interpuesto por la defensa, sustentado en el art.373 b, en relación a la agravante específica del art.12 N°16 del CP.La recurrente considera que el delito de robo en bienes nacionales y el delito de robo en lugar destinado a la habitación no se tratan de delitos de la misma especie.

[2018 2.sem p.162-164](#)

CA Valdivia 10.10.2018 rol 119-2018. Recurso de nulidad interpuesto por la defensa, sustentada en el art.373 b, se condena al acusado por el delito de homicidio frustrado y los hechos establecidos se encontraban en una etapa de desarrollo tentado.

[2018 2.sem p.165-169](#)

CA Valdivia 22.10.2018 rol 60-2018. Recurso de nulidad interpuesto por la defensa, sustentado en el art.373 b, por considerar que se infringe la normativa referida a la determinación de la pena, en específico el quantum de la pena no pudiendo aplicarse una pena sustitutiva, ello frente a un delito de cohecho agravado.

[2018 2.sem p.170-178](#)

CA Valdivia 17.10.2018 rol 159-2018. Recurso de nulidad interpuesto por la defensa, argumenta que el tribunal no valoró toda la prueba rendida en juicio, sino que consideró parcialmente la declaración de un testigo para fundamentar su decisión y además no se consideró concurrente la circunstancia atenuante del art.11 N°9 del CP.

[2018 2.sem p.179-184](#)

CA Valdivia 03.10.2018 rol 1179-2018. Recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público por la exclusión de prueba documental, fundamentada en el art.334 del CPP, por considerar que en ellas consta intervención de la policía y del Ministerio Público. La Corte revoca la resolución dictada por el Juez de Garantía por estimar improcedente la exclusión.

[2018 2.sem p.185-188](#)

C Valdivia 26.10.2018 rol 61-2018. Tribunal A Quo denegó Recurso de Apelación interpuesto en contra de la negativa del Tribunal de Garantía de sobreseer definitivamente la causa, por considerarlo extemporáneo. Defensa interpone Recurso de Hecho el que es acogido por el Tribunal Ad Quem.

[2018 2.sem p.189-191](#)

CA Valdivia 18.10.2018 rol 901-2016. Recurso de Apelación interpuesto por el Ministerio Público por la exclusión de prueba en el marco de una audiencia de preparación de juicio oral por ser considerada una actuación que infringió garantías constitucionales del imputado.

[2018 2.sem p.192-195](#)

CA Valdivia 18.10.2018 rol 796-2018. Recurso de Hecho interpuesto por la defensa, precisa que la apelación debió presentarse verbalmente en la misma audiencia. La Corte rechaza el recurso, considerando que en los casos del art.149 del CPP, no precluye el derecho de apelar en conformidad a las reglas generales.

[2018 2.sem p.196-198](#)

CA Valdivia 20.11.2018 rol 8054-2017. Acoge recurso de apelación contra sentencia del Juzgado de Garantía de Valdivia que condena en procedimiento abreviado a la pena de cinco años y un día a imputado por el delito de robo en lugar habitado; aun cuando la defensa solicita rebaja de grado en la pena, lo que es estimado por no procedente por ser ésta una facultad exclusiva del persecutor.

[2018 2.sem p.199-201](#)

CA De Valdivia 22.11.2018 rol 79-2018. Se acoge el recurso de amparo y se dispone que el Alcaide y el Tribunal de Conducta del Centro de Estudios y Trabajos de Gendarmería deberá restituir la conducta del interno, deberá remitir el informe para que el amparado postule al beneficio de libertad condicional

[2018 2.sem p.202-205](#)

CA Valdivia 26.11.2018 rol 1546-2018. Corte de Apelaciones de Valdivia rechaza recurso de nulidad contra sentencia del Juzgado de Garantía de Valdivia en la que se condena a una persona a 61 días de reclusión menor en su grado mínimo por el delito de uso malicioso de certificado público, la defensa recurre por errónea aplicación del derecho.

[2018 2.sem p.206-212](#)

CA Valdivia 26.11.2018 rol 808-2018. Acoge recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho en lo relativo al delito de desacato dictando sentencia de reemplazo, toda vez que el imputado con la víctima se habrían encontrado en la vía pública. En cuanto al delito de lesiones menos graves rechaza confirmando el fallo de primera instancia.

[2018 2.sem p.213-219](#)

CA Valdivia 23.11.2018 rol 38-2018. Acoge recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho contra sentencia que condena ha imputado por abuso sexual a menor de 14 años, por estimarse que los hechos imputados no satisfacen el tipo penal de abuso sexual, ya que tales actos no podrían ser calificados de significación y de relevancia.

[2018 2.sem p.220-226](#)

CA Valdivia 06.12.2018 rol 167-2018. Rechaza recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho interpuesto contra sentencia que condena a imputado por el delito de Hurto Simple, determinando la pena en consideración a la agravante de reincidencia específica por haber cometido el imputado anteriormente el delito de Robo con Intimidación.

[2018 2.sem p.227-230](#)

CA Valdivia 14.12.2018 rol 16-2018. Rechaza recurso de nulidad contra sentencia del Juzgado de Garantía de Los Lagos que condena a imputado por el delito de maltrato habitual; teniendo como medio de prueba declaración de funcionario policial incorporada en juicio como prueba documental sin observación a las hipótesis del art. 331 del Código Procesal Penal.

[2018 2.sem p.231-234](#)

CA Valdivia 24.12.2018 rol 228-2018. Rechaza recurso de nulidad presentado por el Ministerio Público contra sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia por la que se absuelve a imputado por delito de tráfico ilícito de estupefacientes por no superar el estándar legal requerido al carecer de un análisis pericial del grado de pureza.

[2018 2.sem p.235-241](#)

CA Valdivia 18.12.2018 rol 217-2018. Rechaza recurso de nulidad interpuesto contra sentencia que condena a imputado por los delitos de abuso sexual de menor de catorce años y violación de menor de catorce años en grado de tentado. La defensa recurre de nulidad por el artículo 374 e y 373 b.

[2018 2.sem p.242-246](#)

CA Valdivia 27.12.2018 rol 175-2018. Acoge recurso de nulidad contra sentencia que condena a imputado como autor del delito de abuso sexual contra menor de catorce años; sin que conste en juicio testimonio de la víctima o de personas de su círculo cercano, teniendo como suficiente la declaración de testigos de oídas.

[2018 2.sem p.247-253](#)

CA Valdivia 21.12.2018 rol 3097-2018. Acoge recurso de nulidad contra sentencia que condena a imputado por el delito de desacato, por haber infringido medida de protección consistente en prohibición de acercamiento. La defensa recurre de nulidad por errónea aplicación del derecho estimando que un mero incumplimiento no constituye desacato.

[2018 2.sem p.254-258](#)

CA Valdivia 14.12.2018 rol 278-2018. Rechaza recurso de nulidad interpuesto contra sentencia que condena a imputado como autor del delito de amenazas no condicionales, rechazando ambas causales invocadas, estima que las amenazas han sido serias, al contrario de lo sostenido por la defensa, además señala que única declaración en juicio es suficiente para armar convicción.

[2018 2.sem p.259-261](#)

CA Valdivia 22.12.2018 rol 406-2018. Rechaza recurso de hecho presentado por la querellante contra resolución que deniega la concesión de un recurso de apelación interpuesto en oposición a la modificación de la medida cautelar de prisión preventiva, por no haber interpuesto en audiencia.

[2018 2.sem p.262-264](#)