



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal
Corte de Apelaciones

VALDIVIA
JUNIO 2016

**UNIDAD DE ESTUDIOS
DEFENSORÍA REGIONAL DE LOS RÍOS**

Contenido

1. Corte de Apelaciones de Valdivia acoge recurso de amparo deducido por la defensa de sujeto condenado por el delito de robo con intimidación, quien solicitó beneficio de libertad condicional y ésta fue denegada sin fundamentos. (CA de Valdivia Rol 100-2016 08.06.2016)..... 8

SÍNTESIS: La Corte de Apelaciones de Valdivia acoge recurso de amparo deducido, en contra de la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Valdivia, por el defensor de condenado por el delito de robo con intimidación quien a pesar de cumplir con todos los requisitos copulativos para el beneficio de la libertad condicional no fue concedida sin expresar los fundamentos para denegarlo. Los argumentos de la Corte se resumen a continuación: (1) Que, en el presente caso, la Comisión denegó la libertad condicional, sin fundamentación, ya que, como se reconoce en los informes, ni siquiera existe acta de los fundamentos que se tuvieron a la vista, por lo que tampoco el amparado supo los motivos de la negativa. Por el contrario, la fundamentación resulta realizada *ex post*, esto es, se contiene en la redacción de los informes de los recurrido.(2) Que, cumpliendo el amparado todos los requisitos objetivos establecidos en el D.L. N° 321, de 1925, y los del Decreto Supremo N° 2442, algunos de ellos referidos a la pena y otros al condenado, como el avance efectivo demostrado en el proceso de reinserción social para poder optar a la libertad condicional como forma de cumplimiento de la pena, resulta procedente acoger el amparo, dado que la Comisión no actuó con apego a la legalidad, dado que, como se dijo antes, ni siquiera el rechazo fue fundado, ni menos comunicado al amparado.(Considerando 2 y 3)..... 8

2. Corte de Apelaciones de Valdivia Acoge recurso de hecho interpuesto por la defensa a favor de imputado menor de edad, en contra de resolución que acoge recurso de apelación (CA de Valdivia 03.06.2016 Rol 334.2016) 11

SINTESIS: Corte de Apelaciones de Valdivia Acoge recurso de hecho interpuesto por la defensa en contra de resolución que acoge recurso de apelación dictada por el juez de garantía, que sustituye medida cautelar de internación provisoria, los argumentos que utiliza el tribunal para llegar a su sentencia son los siguientes: (1) aplicar el artículo 27 de la Ley 20.084 y 149 del Código Procesal Penal sin hacer distinciones, vulnera el principio de legalidad establecido en el artículo 5° del Código Procesal Penal y, que la única manera de evitar tal vulneración consiste en aplicar restrictivamente el citado artículo 149 del Código Procesal Penal, de tal suerte que para los menores sólo sea posible la apelación escrita dentro de quinto día. El interés superior del niño exige inclinarse por el sistema de impugnación más favorable para el adolescente imputado (2) no es posible sostener que la revocación de la internación provisoria, por aplicación del artículo 27 de la Ley 20.084, se pueda impugnar verbalmente y en consecuencia, la apelación verbal debe ser declarada inadmisibile, toda vez que el legislador de la Ley 20.253 a sabiendas de la existencia de estas medidas cautelares y de las penas probables a imponer a los menores de edad, restringió tal sistema de impugnación sólo a la prisión preventiva y en los delitos de la Ley 20.000, la limitó a la figura con pena de crimen. (3) no se observa el impedimento para deducir apelación escrita por parte de la fiscalía, toda vez que así lo ha hecho en otras causas que ha conocido esta Corte, encontrándose por lo demás el plazo para su interposición aún vigente. (Considerando 5, 6 Y 8)..... 11

3. Corte de Apelaciones de Valdivia acoge recurso de nulidad interpuesto por la Defensa en contra de sentencia que condena a los imputados por el delito de robo en lugar no habitado, dando por establecido una modalidad comitiva distinta a la señalada por el Ministerio Público, quien formulo acusación por abigeato. (Primera Sala de la C.A. de Valdivia 21.06.2016. RIT 299-2016) 14

SÍNTESIS: Corte de Apelaciones de Valdivia acoge recurso de nulidad interpuesto por la Defensa en contra de sentencia que condena a los imputados por el delito de robo en lugar no habitado. Los fundamentos que el Tribunal tuvo en cuenta para arribar a su sentencia fueron los siguientes: (1) Se puede verificar que, en el caso, el tribunal a quo no advirtió a los intervinientes durante la audiencia que daría al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación, máxime considerando que dicha nueva calificación suponía un aumento de las penas a aplicar. (2) De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 374 del Código Procesal Penal, el juicio y la sentencia serán siempre anulados, cuando entre otras causales la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341, como es el caso sublite. No obsta a lo anterior al hecho de haber sido acreditado en el juicio, más allá de toda duda razonable, que los acusados ingresaron al predio donde beneficiaron los vacunos, por una vía no destinada el efecto, debido al carácter imperativo de la norma infringida. (3) Que el primer párrafo del artículo 341 del Código Procesal Penal, dispone la sentencia condenatoria no puede exceder el contenido de la acusación. (4) dicha prohibición es absoluta, pues la armonía de los hechos entre la acusación y la sentencia se exige para asegurar la defensa del acusado, para evitar que a éste se le condene por un hecho que no tuvo en cuenta la defensa; y la sentencia debe recaer sobre la misma situación de hecho que fuera objeto de la acusación. (5) Que de acuerdo a lo razonado, forzoso es concluir que la sentencia ha incurrido en el primer vicio de nulidad denunciado por las defensas de los acusados: la sentencia no guarda armonía con la acusación y, en consecuencia, se determina que en el pronunciamiento del fallo de primer grado se incurrió en un motivo absoluto de nulidad, causal de la letra f) del artículo 374 del Código Procesal Penal, por lo que el recurso de nulidad debe ser acogido. **(Considerando 4, 5, 6 y 7)**..... 14

4. Corte de Apelaciones de Valdivia Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa fundamentado en que se complementó en la audiencia de juicio oral informe pericial no constando dicha información en la carpeta investigativa. (CA de Valdivia 17.06.2016 Rol 300.2016)..... 18

SINTESIS: Corte de Apelaciones de Valdivia Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa fundamentado en que se complementó en la audiencia de juicio oral informe pericial no constando dicha información en la carpeta investigativa: (1) que, en el considerando 12°, el Tribunal ad quo fija como un hecho que la instrucción dada por la Fiscal al inicio de la investigación fue la de realizar todas las pericias, con la instrucción particular de levantar huellas; y que la pericia venía dada por el respectivo cotejo de huellas dactilares, no siendo en definitiva dicha diligencia de investigación desarrollada de manera autónoma por la policía. (2) las alegaciones de la defensa pretenden desconocer dos hechos fundantes de la decisión del tribunal, lo que requería necesariamente una actividad probatoria de la causal en los términos exigidos por el artículo 359 del Código previamente citado, carga que la defensa no cumplió -al no incorporar probanzas en la vista del recurso- e impide esta Corte desconocer, por sus solos dichos, aspectos fácticos que no se encuentra facultada para modificar. (3) Lo anterior conlleva necesariamente el rechazo del recurso, al no ser efectivos los hechos que denuncia, pues el peritaje sí contenía la información que alega faltante y también existió una orden de investigar emitida por el Ministerio Público a su respecto. (4) Que, en un distinto orden de ideas, la misma defensa reconoce en su recurso de nulidad que alegó en todas las oportunidades procesales que la ley le franquea la ilegitimidad de la prueba pericial que impugna en su arbitrio de nulidad, por lo que malamente podría sostenerse que se le ha impedido ejercer alguna facultad, máxime si sus fundamentos se originan en vicios que no constan en el proceso, se contradicen con el fallo recurrido y no fueron probados en la forma exigida por el artículo 359 del Código Procesal Penal. (5) Que no se advierte en la ponderación de las pruebas que hubiese habido insuficiencia de análisis de las mismas, desde tal punto de vista jurídico, y no aparece la falta de argumentación que hace ver el recurrente respecto de los conocimientos

científicamente aportados en juicio, las máximas de la experiencia y los principios de la lógica, más aun si el interesado se limitó a sostener una presunta ilegalidad de la prueba rendida, que no fue declarada por ningún tribunal ni tampoco acreditada en la forma que el Código Procesal Penal exige. (Considerando 3, 4, 5 y 9)..... 18

5. Corte de Apelaciones de Valdivia rechaza recurso de apelación interpuesto por querellante del SII en contra de sentencia que sobreseyó total y definitivamente al imputado. (CA de Valdivia 21.06.2016 Rol 342-2016) 22

SÍNTESIS: Corte de Apelaciones de Valdivia rechaza recurso de Apelación interpuesto por el querellante SII en contra de sentencia que sobreseyó total y definitivamente al imputado. Los principales argumentos del tribunal para llegar a la sentencia fueron los siguientes: (1) La persona condenada, absuelta o sobreseyda definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho. (2) Que conforme a este principio básico, la imputada no puede ser perseguida penalmente por la querellante Servicio de Impuestos Internos, pues se trata de un hecho respecto del cual hubo juzgamiento y sentencia condenatoria, aun cuando el tipo penal sea de naturaleza distinta, pues el legislador no distingue y, de acuerdo a lo razonado, sólo cabe confirmar la resolución en alzada, con declaración que el sobreseimiento total y definitivo es conforme a lo que dispone la letra f) del artículo 250 del Código Procesal Penal, esto es, “cuando el hecho de que se tratase hubiera sido materia de un procedimiento penal en el que hubiere recaído sentencia firme respecto del imputado (Considerandos 4 y 5). 22

6. Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia condena a imputado por el delito de violación consumada y reiterado en la persona de una menor de edad, mayor de 14 años, tribunal califica su irreprochable conducta anterior. (Segunda Sala del TOP de Valdivia 17.0.2016. RIT 54-2016) 25

SÍNTESIS: La segunda sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia condena a imputado por el delito de violación reiterada en contra de menor de edad mayor de 14 años. Los fundamentos que el Tribunal tuvo en cuenta para arribar a su sentencia fueron los siguientes: (1) Los delitos sexuales son ejecutados por regla general en la intimidad y sin presencia de testigos, En este juicio la declaración de la víctima ha resultado vital y esencial. Sobre este relato se logró construir la teoría acusatoria, la que fue refrendada por prueba científica acreditando el acceso carnal. (2) Siendo facultad privativa, estos sentenciadores, procederán a calificar la atenuante de irreprochable conducta, teniendo únicamente presente que el acusado ha pasado más de medio siglo sin trasgredir el ordenamiento jurídico vigente manteniéndose incólume sin cometer ilícitos (3) La atenuante del 11 N°9 , requiere la entrega de antecedentes que permitan guiar y acotar la investigación, y, la prueba rendida, impide su ponderación a fin de establecer la sustancialidad para el esclarecimiento de los hechos que requiere para su procedencia, sumado a que el acusado no prestó declaración en el juicio oral. (Considerando 8 y 12) 25

7. Tribunal Oral de Valdivia condena a imputada por el delito de microtráfico y acoge la recalificación pedida por la defensa contra la acusación hecha por el Ministerio Público. (TOP de Valdivia 06.06.2016 Rit 50-2016)..... 43

SÍNTESIS: Segunda Sala del TOP de Valdivia condena a imputada por delito de microtráfico acogiendo recalificación sostenida por defensa en desmedro de la acusación por el delito de tráfico. El Tribunal consideró: (1) deberá considerarse particularmente la cantidad de la sustancia incautada alrededor de 160 gramos, según lo informado por los testigos y documentos acompañados y, si bien la pureza de la droga resulta ser de un 60%, dato relevante, sin embargo, este antecedente por sí sólo no resulta suficiente al no estar apoyado por otros elementos de prueba objetivos y fiables y así poder determinar irrefutablemente que estamos frente a la figura de tráfico contenida en el artículo 3 en relación al artículo 1° de la ley 20.000. Todo lo demás

forma parte de simples conjeturas de las cuales no podemos inferir la figura penal recién citada, sin antes trasgredir el principio de proporcionalidad que inspira nuestro sistema judicial penal; la pureza de la sustancia por sí sola no resulta concluyente en concepto de estos sentenciadores, por tanto dicha droga no puso en peligro o serio riesgo la salud del grupo social, sin que se pudiera establecer que la droga mantenida y portada por la acusada estaba destinada a ser entregada a grandes traficantes o a variados consumidores de esta ciudad (2) Se suman como antecedentes del caso en particular la circunstancia que no fue encontrado en poder de la acusada sumas de dinero, tampoco se encontraron especies en su domicilio- pues ninguna diligencia investigativa se realizó al respecto- que orientaran al Tribunal a estimar la calificación jurídica referida por el ente acusador, en orden a que las sustancias incautadas tuvieran como destino un tráfico a gran escala o a múltiples destinatarios finales (3) Cabe señalar que un correcto análisis de la norma en estudio implica considerar que ella pretende establecer precisamente un marco diferenciado de penas para aquellas conductas que lesionan gravemente el bien jurídico protegido por el tipo penal y aquellas conductas menos lesivas para éste, estimando estos Jueces que en la especie nos encontramos en la última hipótesis. (Considerando 11). 43

8. Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia absuelve a imputado por el delito de robo con intimidación en el que el arma utilizada para intimidar fue una flauta. (Segunda Sala del TOP de Valdivia 23.06.2016. RIT 122 -2016)..... 62

SÍNTESIS: La segunda sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia absolvió a imputado por el delito de robo con intimidación, en que el arma empleada era una quena (flauta). Los fundamentos que el Tribunal tuvo en cuenta para arribar a su sentencia fueron los siguientes: (1) El acusado entrega su versión enfatizando los aspectos subjetivos de su obrar: el ánimo jocoso que lo animó en una acción inclusive – sostiene- fue sorpresiva para él, bajo un contexto objetivo –también referido por otros testigos como se verá- de explícito jolgorio, pluralidad de asistentes y por cierto de generosa ingesta de alcohol. Estos relieves resultan importantes pues permiten comprender el marco de facto que enfrentaba al acusado, para resolver la cuestión relativa al dolo. (2) El robo, hurto en su base, y la intimidación, como coacción grave funcional a la apropiación mediante sustracción, no parecen ni remotamente estar presentes en este caso, dándose cuenta más bien de un obrar del todo torpe de parte del acusado. (3) El tema no pasa por el empleo de un instrumento escasamente capaz para amagar la vida o la salud de la víctima, como si la pluriofensividad de este delito señalase a estos bienes jurídicos, como los únicamente posibles de afectar, además de la propiedad, sino que, y en la medida que se admita como otro de los sustratos del robo con intimidación, la afectación de la libertad de acción de la persona amenazada, o sea coacción grave para la sustracción, todo el conjunto de factores indicados en el párrafo anterior, coadyuva para calificar lo actuado por el agente, bajo los esquemas de imputación objetiva y especialmente subjetiva, dolo en este último caso, permitiendo enderezar o no posteriormente el reproche penal, en sede de este determinado hecho punible típico. En este caso, el asunto, globalmente visto, se adscribe en el adjetivo de una acción de torpeza extrema y atípica. (Considerando 4 y 9) 62

9. La Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia condena al imputado por el delito de robo con fuerza en lugar habitado, con voto en contra orden a señalar al delito en grado de tentado y rechaza solicitud del Ministerio Público de aplicar la agravante del artículo 12 N°14 conjuntamente con la del 12 N°16. (Primera Sala del TOP de Valdivia 25.06.2016. RIT 59-2016)..... 69

SÍNTESIS: La Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia condena al imputado por el delito de robo con fuerza en lugar habitado, con voto en contra orden a señalar al delito en grado de tentado y rechaza solicitud del Ministerio Público de aplicar la agravante del artículo 12 N°14 conjuntamente con la del 12 N°16. Los fundamentos que el Tribunal tuvo en cuenta para arribar a su sentencia fueron los

siguientes: (1) las circunstancias de día, hora aproximada de los hechos, forma de ingreso al inmueble, la preexistencia y dominio de la especie mueble sustraída, se acreditó con la declaración de la víctima. (2) magistrado Ricardo Aravena Durán, fue del parecer de sancionar los hechos en grado de desarrollo tentado. Para ello ha tenido presente que el acusado fue detenido en sede de flagrancia a escasos metros del lugar y cuando habían transcurrido apenas unos minutos de verificado el ingreso al inmueble. En este contexto el acusado, registrado que fue en sus vestimentas, no portaba especie alguna, de modo que reprochar la sustracción de un reloj del modo consignado por los jueces. (3) el tribunal ha de estar a la versión del acusado quien admitió el ingreso al inmueble para apropiarse de especies, mas negó toda sustracción, sin que se cuenten con probanzas para establecer que miente, además, es su testimonio pieza clave para la decisión de la presente litis, pues difícilmente se habría logrado la condena, de lo que surge, en consecuencia que no corresponde menospreciar sus dichos en lo que respecta a este punto.(4) Que se rechaza la agravante alegada por el Ministerio Público, esto es, la contenida en el artículo 12 N°14 del Código Penal, por cuanto ésta no fue considerada en el auto de apertura, la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación; en este sentido, Fiscalía, no puede sorprender a la Defensa incorporando una circunstancia agravante no considerada en su libelo acusatorio.(5) por otra parte considerando la reñida existencia de agravantes de reincidencias con el principio de sanción exclusivamente por el hecho en concreto y no por conductas pasadas, aparece atendible los argumentos de la Defensa, en cuanto a que la intención del legislador ha sido establecer un estatuto de agravación de pena por concepto de reincidencia describiendo distintas forma en que ello puede producirse, por lo que acogida una de esas formas, y en la especie ocurrió conforme lo dispuesto en el artículo 12 N°16 del Código Penal, no es posible acoger otra forma de agravante por reincidencia, sin infringir el principio *non bis in ídem*.(considerandos 11, 12 y 13) 69

10. Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia condena al imputado por el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado aplicando agravante de reincidencia específica, rechaza solicitud de la defensa de recalificar el delito y establecer atenuante de irreprochable conducta anterior. (Segunda Sala del TOP de Valdivia 25.06.2016. RIT 64-2016)..... 85

SÍNTESIS: Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia condena al imputado por el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, aplicando agravante de reincidencia específica, rechaza solicitud de la defensa de recalificar el delito y establecer atenuante de irreprochable conducta anterior. Los fundamentos que el Tribunal tuvo en cuenta para arribar a su sentencia fueron los siguientes: (1) Que la petición de recalificar el ilícito propuesto por la defensa es desechado, Al efecto el mérito de los relatos ya repasados, en especial lo expuesto por los hermanos U. y los testimonios fotográficos, dan cuenta que las especies fueron sustraídas desde el interior de una edificación, emplazada dentro de los deslindes de un inmueble destinado a la habitación. (2) que la mentada bodega estaba dentro de una misma esfera material de custodia, únicamente posible de burlar ingresando al sitio común compartido por las habitaciones y esta dependencia, de modo que el plus de pena que explica esta figura en relación a su matriz, el hurto, se explica y se justifica en este caso, por el peligro que tal conducta representó a sus moradores. (3) Se admite la agravante de reincidencia específica. La condena impuesta en el rit 603/2007, determinó perpetrado el delito de Robo en lugar habitado, cometido 12 de febrero de 2007. Tal ilícito es un crimen, atendida la penalidad según se lee del artículo 440 en relación al artículo 3º, ambos del Código Penal. De este modo, se trata de una condena que debe ser considerada al tenor del artículo 104 del mencionado cuerpo de leyes, en la medida que tal disposición no mandato la atención a la pena en concreto, sino a la calidad abstracta de crimen o simple delito. (Considerandos 11, 12 y 13). 85

1. Corte de Apelaciones de Valdivia acoge recurso de amparo deducido por la defensa de sujeto condenado por el delito de robo con intimidación, quien solicitó beneficio de libertad condicional y ésta fue denegada sin fundamentos. (CA de Valdivia Rol 100-2016 08.06.2016)

Normas asociadas: CPR ART.21; CPR Art. 19 N°7; DL N° 321 de 1925

Tema: Recursos; Garantías Constitucionales; Derecho Penitenciario.

Descriptor: Recurso de Amparo; derecho a la libertad personal y seguridad individual.

Delito: Robo Con Intimidación

Defensor: Roberto Pablo Cuevas Monje

Magistrados: Ministros Juan Ignacio Correa Rosado, Ministro Mario Julio Kompatzki Contreras Y Abogado Integrante Patricio Miranda Olivare

SÍNTESIS: La Corte de Apelaciones de Valdivia acoge recurso de amparo deducido, en contra de la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Valdivia, por el defensor de condenado por el delito de robo con intimidación quien a pesar de cumplir con todos los requisitos copulativos para el beneficio de la libertad condicional no fue concedida sin expresar los fundamentos para denegarlo. Los argumentos de la Corte se resumen a continuación: (1) Que, en el presente caso, la Comisión denegó la libertad condicional, sin fundamentación, ya que, como se reconoce en los informes, ni siquiera existe acta de los fundamentos que se tuvieron a la vista, por lo que tampoco el amparado supo los motivos de la negativa. Por el contrario, la fundamentación resulta realizada *ex post*, esto es, se contiene en la redacción de los informes de los recurrido.(2) Que, cumpliendo el amparado todos los requisitos objetivos establecidos en el D.L. N° 321, de 1925, y los del Decreto Supremo N° 2442, algunos de ellos referidos a la pena y otros al condenado, como el avance efectivo demostrado en el proceso de reinserción social para poder optar a la libertad condicional como forma de cumplimiento de la pena, resulta procedente acoger el amparo, dado que la Comisión no actuó con apego a la legalidad, dado que, como se dijo antes, ni siquiera el rechazo fue fundado, ni menos comunicado al amparado.**(Considerando 2 y 3).**

TEXTO COMPLETO

Valdivia, ocho de junio de dos mil dieciséis.

VISTOS:

Don Roberto Pablo Cuevas Monje, abogado, en representación del condenado C.V.R, cédula nacional de identidad N° 16.553.574-K, ambos domiciliados para estos efectos en calle Independencia N° 630, oficina 201 de la ciudad de Valdivia, interpuso recurso de amparo en contra de la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Valdivia, por vulnerar 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.

Indica que don C.V.R, actualmente cumple condena en el recinto de reclusión penitenciario de la ciudad de Valdivia, por sentencia firme pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de 10 años y 1 día de presidio mayor en su grado medio, por el delito de robo con intimidación, llevando a la fecha más de dos tercios de cumplimiento efectivo por lo cual ha sido postulado por Gendarmería de Chile en más de una oportunidad al beneficio de libertad condicional.

Agrega que en el mes de Febrero se informa al amparado que es postulado para optar al beneficio de la libertad condicional de acuerdo al Decreto Ley N° 321, en sus artículos 2° y 3°, por cuanto cumple los requisitos necesarios, idóneos y señalados taxativamente por la ley para solicitar la libertad condicional, pues cumplió con los dos tercios de la pena, mantuvo durante la vigencia de la misma una conducta intachable al interior del establecimiento penitenciario, el hecho de haber aprendido un oficio y/o arte, que se mantiene en la actualidad, y completó tanto la enseñanza básica y media en dicho recinto carcelario, encontrándose actualmente con el beneficio de la salida dominical.

Señala que el informe psicosocial incorporado a la solicitud de libertad condicional indica que el amparado al momento de ingresar a cumplir su condena al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Llancahue, retomó sus estudios, realizando nuevamente los cursos de perfeccionamiento, para posteriormente de igual forma realizar sus estudios de enseñanza media, participó al interior del penal en diversos y reiterados cursos y talleres con el fin de perfeccionarse en algún oficio y/o arte, y es así como logró cursar estudios de mosaicos, pintura, gasfitería y diseño gráfico entre otros; informe psicosocial que demuestra que durante el tiempo de cumplimiento de la condena, el amparado ha desarrollado conductas que le permiten reinsertarse de manera adecuada en el medio social, cumpliendo el espíritu de la legislación vigente en cuanto a la rehabilitación y reinserción social de las personas que han sido privadas de libertad.

Que el 18 de Mayo de 2016, se informó al amparado que la Comisión de Libertad Condicional rechazó la solicitud de libertad condicional sin señalar fundamento ni razón alguna, más que el resultado negativo de la respectiva solicitud, pese a que cumple con los requisitos copulativos que señala el DL N° 321 específicamente en sus artículos 2° y 3°, por lo que en caso de haber existido cualquier otro elemento no previsto, habría una infracción a los derechos fundamentales del amparado, tal como la libertad y seguridad individual, de lo que se desprende que la Comisión denegó la libertad condicional sin fundarse en algunos de los motivos que expresamente regla la ley para dicho efecto, desatendiendo los informes incorporados en la propia postulación de Gendarmería, sin dar razones para ello.

Explicita que la Comisión de Libertad Condicional ha determinado que el amparado permanezca en el recinto penitenciario cumpliendo condena, a pesar de cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 2° y 3° del DL N° 321, existiendo una acción arbitraria por parte de la Comisión al rechazar la solicitud de libertad condicional.

Pide finalmente, se le informe a quienes interponen el presente recurso, las razones que tiene la Comisión para rechazar la solicitud de libertad condicional y en general, adopte las medidas que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la libertad personal y seguridad individual del amparado, revocando el fallo dictado por la recurrida, ordenando se conceda el referido beneficio a su representado.

La Comisión de Libertad Condicional informó de manera separada por cada uno de sus integrantes, señalan que con fecha 4 de Mayo de 2016, se constituyeron para conformar la Comisión de Libertad Condicional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4°

del Decreto Ley N° 321 y previo informe del Jefe del Complejo Penitenciario, atendido los parámetros objetivos del postulante, tratándose de un condenado con alto compromiso delictual, que registra diversos delitos en su extracto de filiación y antecedentes, teniendo como fecha de término de su condena el 8 de Julio de 2019 y siendo facultativo para Comisión otorgar este beneficio, decidieron de manera unánime rechazar su solicitud.

Se dio cumplimiento a la medida para mejor el 2 de Junio de 2016, recibándose los antecedentes desde Gendarmería de Chile relativos al amparado C.V.R.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la acción de amparo constitucional tiene por finalidad impedir cualquier clase de privación, perturbación o amenaza a la libertad o seguridad individual decretada o dispuesta con infracción a las normas constitucionales o legales.

SEGUNDO: Que, en el presente caso, la Comisión denegó la libertad condicional, sin fundamentación, ya que, como se reconoce en los informes, ni siquiera existe acta de los fundamentos que se tuvieron a la vista, por lo que tampoco el amparado supo los motivos de la negativa.

Por el contrario, la fundamentación resulta realizada *ex post*, esto es, se contiene en la redacción de los informes de los recurridos. Así pues, en ellos se indicó que la Comisión tuvo como principal consideración para rechazar el beneficio el contenido de la ficha de ingreso de Gendarmería de Chile que expresa que el recurrente es un condenado con alto compromiso delictual, debido a que registra nueve condenas por delitos contra la propiedad y porte de armas.

TERCERO: Que, así las cosas, y cumpliendo el amparado C.V.R todos los requisitos objetivos establecidos en el D.L. N° 321, de 1925, y los del Decreto Supremo N° 2442, algunos de ellos referidos a la pena y otros al condenado, como el avance efectivo demostrado en el proceso de reinserción social para poder optar a la libertad condicional como forma de cumplimiento de la pena, resulta procedente acoger el amparo, dado que la Comisión no actuó con apego a la legalidad, dado que, como se dijo antes, ni siquiera el rechazo fue fundado, ni menos comunicado al amparado.

Y visto, además, lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, D. L. N° 321, de 1925, **SE ACOGE** el recurso de amparo interpuesto en lo principal del escrito de fojas 1 a favor de **C.V.R**, y, en consecuencia, se deja sin efecto la resolución que rechazó la petición de libertad condicional, y, en su lugar, se declara que se decreta la libertad condicional a favor C.V.R, cédula de identidad N° 16.553.574-K, debiendo seguirse a su respecto el procedimiento establecido en la ley y en el reglamento para la materialización del mencionado beneficio.

Regístrese, notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Pronunciada por la **PRIMERA SALA**, Ministro Sr. **JUAN IGNACIO CORREA ROSADO**, Ministro Sr. **MARIO JULIO KOMPATZKI CONTRERAS** y Abogado Integrante Sr. **PATRICIO MIRANDA OLIVARES**. Autoriza la Secretaria Titular Sra. Ana María León Espejo.

2. Corte de Apelaciones de Valdivia Acoge recurso de hecho interpuesto por la defensa a favor de imputado menor de edad, en contra de resolución que acoge recurso de apelación (CA de Valdivia 03.06.2016 Rol 334.2016)

Normas asociadas: CPP ART. 155; CPP ART. 149; CPP ART. 369; L 20.084 ART 2, L 20.084 ART 27, L 20.084 ART 32; L 20.084 ART 33.

Temas: Recursos; Medidas Cautelares; Responsabilidad Penal Adolescente;

Descriptor: Interés Superior del Adolescente; Medidas Cautelares Personales; Procedimiento aplicable a Menores; Recurso de Hecho.

Delito:

Defensor: Carlos Matamala Troncoso

Magistrados: Emma Díaz Yévenes, Ruby Alvear Miranda, Loreto Coddou Braga.

SINTESIS: Corte de Apelaciones de Valdivia Acoge recurso de hecho interpuesto por la defensa en contra de resolución que acoge recurso de apelación dictada por el juez de garantía, que sustituye medida cautelar de internación provisoria, los argumentos que utiliza el tribunal para llegar a su sentencia son los siguientes: (1) aplicar el artículo 27 de la Ley 20.084 y 149 del Código Procesal Penal sin hacer distinciones, vulnera el principio de legalidad establecido en el artículo 5° del Código Procesal Penal y, que la única manera de evitar tal vulneración consiste en aplicar restrictivamente el citado artículo 149 del Código Procesal Penal, de tal suerte que para los menores sólo sea posible la apelación escrita dentro de quinto día. El interés superior del niño exige inclinarse por el sistema de impugnación más favorable para el adolescente imputado (2) no es posible sostener que la revocación de la internación provisoria, por aplicación del artículo 27 de la Ley 20.084, se pueda impugnar verbalmente y en consecuencia, la apelación verbal debe ser declarada inadmisibles, toda vez que el legislador de la Ley 20.253 a sabiendas de la existencia de estas medidas cautelares y de las penas probables a imponer a los menores de edad, restringió tal sistema de impugnación sólo a la prisión preventiva y en los delitos de la Ley 20.000, la limitó a la figura con pena de crimen. (3) no se observa el impedimento para deducir apelación escrita por parte de la fiscalía, toda vez que así lo ha hecho en otras causas que ha conocido esta Corte, encontrándose por lo demás el plazo para su interposición aún vigente. **(Considerando 5, 6 Y 8).**

TEXTO COMPLETO

Valdivia, tres de junio de dos mil dieciséis.

Vistos: Comparece el Defensor Penal Privado don Carlos Matamala Troncoso, por el menor M.A.A.G., en causa Ruc 1600245617-K, Rit 1560-2016 del Juzgado de Garantía de Valdivia, interponiendo recurso de hecho en contra de la resolución de 31 de mayo de 2016, mediante la cual se concedió los recursos de apelación interpuestos en forma verbal por el Ministerio Público y el Querellante respecto de la resolución que sustituye la medida de internación provisoria de su representado por la medida cautelar del artículo 155 letra a) del Código Procesal Penal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149 del mismo cuerpo legal.

Indica que el artículo 149, si bien autoriza la apelación verbal, solo para el caso de negar una medida cautelar de prisión preventiva y no la internación provisoria, como es el caso de autos, no resultando posible su homologación como lo sostuvo el juez de la causa. Se trata de instituciones distintas y el juez ha desconocido lo dispuesto en el artículo 5 del Código Procesal Penal, olvidando además lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N° 20.084, al desatender el interés superior del adolescente además de no cumplir con el estándar del artículo 37 b) de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Agrega además invocando jurisprudencia que resulta improcedente aplicar supletoriamente las normas del Código Procesal Penal como lo señala el artículo 27 de la Ley N° 20.084.-

En consecuencia, es improcedente sostener que sea posible que la revocación de la medida de internación provisoria se pueda impugnar verbalmente, por lo cual la apelación concedida por el Tribunal de Garantía se encuentra fuera de los casos del artículo 149 del Código Procesal Penal, debiendo apelarse de acuerdo a las normas generales.

Solicita en definitiva, se acoja de plano el recurso, se revoque la resolución de 31 de mayo de 2016, se declare que la resolución debe recurrirse de acuerdo a la vía ordinaria y se ordene la inmediata libertad de su representado.

Se ordena derechamente dar cuenta.

CONSIDERANDO:

Primero: Que el artículo 149 del Código Procesal Penal establece que tratándose de determinados delitos del Código Penal y los de la Ley 20.000, que tengan pena de crimen, el imputado no podrá ser puesto en libertad, mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare o revocare la prisión preventiva, salvo el caso en que el imputado no haya sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido.

Segundo: Que el citado artículo 149 del Código Procesal Penal, se refiere a la prisión preventiva y, en este caso se trata de una medida cautelar consistente en internación provisoria respecto de un adolescente, que se rige por la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente.

Que así las cosas, cabe dilucidar si la remisión que el artículo 27 inciso 1° de la Ley 20.084 hace a las disposiciones del Código Procesal Penal, como normas supletorias en todo lo que no esté previsto por dicha ley, permite aplicar el artículo 149 del Código Procesal Penal, en la especie.

Tercero: Que para dar respuesta a la interrogante planteada, cabe consignar algunas ideas matrices en lo relativo a medidas cautelares personales. A saber, dos son los requisitos esenciales para los efectos de decretar una medida cautelar, éstos son los presupuestos materiales y la necesidad de cautela, regulados en los artículos 140 y 155 del Código Procesal Penal.

Ahora bien, en lo relativo a la internación provisoria, la Ley 20.084 establece requisitos adicionales para la concesión de dicha cautelar. Menciona que se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que la privación de libertad se utilizará como medida de último recurso; que la internación provisoria en un centro cerrado sólo será procedente tratándose de la imputación de las conductas que de ser cometidas por una persona mayor de 18 años constituirían crímenes, debiendo aplicarse cuando los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal, no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales (artículo 32), y; el Juez no podrá dar lugar a una medida que parezca desproporcionada en relación con la sanción que resulte probable de aplicar en caso de condena (artículo 33).

Cuarto: Que, otra particularidad de la internación provisoria, radica en el lugar donde debe cumplirse, pues a diferencia de la prisión preventiva, que se cumple en la cárcel, ésta en un Centro de Internación Provisoria dependiente del Servicio Nacional de Menores.

Quinto: Que de lo expuesto, surge la conclusión, que aplicar el artículo 27 de la Ley 20.084 y 149 del Código Procesal Penal sin hacer distinciones, vulnera el principio de legalidad establecido en el artículo 5° del Código Procesal Penal y, que la única manera de evitar tal vulneración consiste en aplicar restrictivamente el citado artículo 149 del Código Procesal Penal, de tal suerte que para los menores sólo sea posible la apelación escrita dentro de quinto día.

Por último, el interés superior del niño exige inclinarse por el sistema de impugnación más favorable para el adolescente imputado.

Sexto: Que, en síntesis, no es posible sostener que la revocación de la internación provisoria, por aplicación del artículo 27 de la Ley 20.084, se pueda impugnar verbalmente y en consecuencia, la apelación verbal debe ser declarada inadmisibile, toda vez que el legislador de la Ley 20.253 a sabiendas de la existencia de estas medidas cautelares y de las penas probables a imponer a los menores de edad, restringió tal sistema de impugnación sólo a la prisión preventiva y en los delitos de la Ley 20.000, la limitó a la figura con pena de crimen.

Séptimo: Que, además, no se observa el impedimento para deducir apelación escrita por parte de la fiscalía, toda vez que así lo ha hecho en otras causas que ha conocido esta Corte, encontrándose por lo demás el plazo para su interposición aún vigente.

Octavo: Que, en este mismo sentido se ha resuelto por esta Corte en las sentencias de las causas Rol 7-2015, 571-2014, 525-2013, 373-2010; de manera que procede acoger el recurso de hecho, como se dirá en lo resolutive

Por estas consideraciones y de conformidad además, con lo dispuesto en el artículo 369 del Código Procesal Penal, 203, 204 y 205 del Código de Procedimiento Civil, **SE ACOGE** el recurso de hecho interpuesto por el Defensor Penal don Carlos Matamala Troncoso y, en consecuencia se declara inadmisibile la apelación verbal interpuesta por el Ministerio Público en contra de la resolución dictada por el Juzgado de Garantía de Valdivia, en audiencia de 31 de mayo de 2016, que sustituyó la medida de internación provisoria del imputado adolescente M.A.A.G

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Pronunciada por la **SEGUNDA SALA**, Ministra Sra. **EMMA DÍAZ YÉVENES**, Ministra Srta. **RUBY ALVEAR MIRANDA** y Ministra Srta. **LORETO CODDOU BRAGA**. Autoriza la Secretaria Titular Sra. Ana María León Espejo.

3. Corte de Apelaciones de Valdivia acoge recurso de nulidad interpuesto por la Defensa en contra de sentencia que condena a los imputados por el delito de robo en lugar no habitado, dando por establecido una modalidad comitiva distinta a la señalada por el Ministerio Público, quien formulo acusación por abigeato. (Primera Sala de la C.A. de Valdivia 21.06.2016. RIT 299-2016)

Normas asociadas: CPP ART. 341; CPP ART. 373 b; CPP ART. 374 f; CPP ART. 385; CPP ART. 386; CP ART. 442; CP ART. 448 quáter.

Tema: Recursos.

Descriptor: Acusación; Recurso de Nulidad.

Delito: Robo en lugar no habitado; abigeato.

Defensor: Pablo Andrés Sanhueza Muñoz; Iván Esteban Cárdenas Cárdenas.

Magistrados: Juan Ignacio Correa Rosado, Marcia Undurraga Jensen Patricio Miranda Olivares.

SÍNTESIS: Corte de Apelaciones de Valdivia acoge recurso de nulidad interpuesto por la Defensa en contra de sentencia que condena a los imputados por el delito de robo en lugar no habitado. Los fundamentos que el Tribunal tuvo en cuenta para arribar a su sentencia fueron los siguientes: (1) Se puede verificar que, en el caso, el tribunal a quo no advirtió a los intervinientes durante la audiencia que daría al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación, máxime considerando que dicha nueva calificación suponía un aumento de las penas a aplicar. (2) De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 374 del Código Procesal Penal, el juicio y la sentencia serán siempre anulados, cuando entre otras causales la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341, como es el caso sublite. No obsta a lo anterior al hecho de haber sido acreditado en el juicio, más allá de toda duda razonable, que los acusados ingresaron al predio donde beneficiaron los vacunos, por una vía no destinada el efecto, debido al carácter imperativo de la norma infringida. (3) Que el primer párrafo del artículo 341 del Código Procesal Penal, dispone la sentencia condenatoria no puede exceder el contenido de la acusación. (4) dicha prohibición es absoluta, pues la armonía de los hechos entre la acusación y la sentencia se exige para asegurar la defensa del acusado, para evitar que a éste se le condene por un hecho que no tuvo en cuenta la defensa; y la sentencia debe recaer sobre la misma situación de hecho que fuera objeto de la acusación. (5) Que de acuerdo a lo razonado, forzoso es concluir que la sentencia ha incurrido en el primer vicio de nulidad denunciado por las defensas de los acusados: la sentencia no guarda armonía con la acusación y, en consecuencia, se determina que en el pronunciamiento del fallo de primer grado se incurrió en un motivo absoluto de nulidad, causal de la letra f) del artículo 374 del Código Procesal Penal, por lo que el recurso de nulidad debe ser acogido. **(Considerando 4, 5, 6 y 7).**

TEXTO COMPLETO

Valdivia, veintiuno de junio de dos mil dieciséis VISTOS:

En causa R.U.C. 1400600958-2, R.I.T. O-177-2015, se han interpuestos recursos de nulidad por el abogado defensor penal público don Pablo Andrés Sanhueza Muñoz, en representación de los imputados J.A.H.B., M.A.A.M., J.R.V., D.A.L.A. y R.A.L.A. y por el abogado defensor particular don I.E.C.C., por el imputado C.A.A.A., en contra de la sentencia de 29 de abril de 2016, dictada por la Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, presidida por el Juez don Marcelo Reuse Staub e integrada por los Jueces don Edmundo Moller Bianchi y don Héctor Hinojosa Aubel, que condenó a la acusados J.A.H.B, M.A.A.M, J.R.V, C.A.A.A y R.A.L.A a sendas penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más 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 y multas de setenta y cinco unidades tributarias mensuales y al acusado D.A.L.A a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo más las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y una multa de setenta y cinco unidades tributarias mensuales, como autores del delito de abigeato, cometido en el sector de Las Cascadas el 21 de julio de 2014, en perjuicio de R.A.H.con costas.

El abogado defensor don Pablo Andrés Sanhueza Muñoz funda su recurso, en primer lugar, en la causal del artículo 374 letra f) en relación con el artículo 341, ambos del Código Procesal Penal. Pide la nulidad del juicio y de la sentencia, ordenando realizar un nuevo juicio oral por Tribunal no inhabilitado. En subsidio alega la causal de nulidad del artículo 373 letra b) en relación al artículo 385, también ambos del Código Procesal Penal, por errónea aplicación del derecho que influyó en lo dispositivo del fallo, por haberse impuesto una pena mayor a la que corresponde legalmente, como lo detalla en su recurso. Pide la nulidad de la sentencia y que se dicte otra de reemplazo, imponiendo a sus representados la pena de tres años y un día de presidio, con la pena sustitutiva que corresponda.

Por su parte al abogado defensor particular don Iván Esteban Cárdenas Cárdenas, por su representado Carlos Antonio Almonacid Aros, igualmente basa su recurso en primer lugar, en la causal del artículo 374 letra f) en

juicio y de la sentencia, determinando el estado en que deberá quedar el procedimiento, ordenando realizar un nuevo juicio oral por Tribunal no inhabilitado. En subsidio alega la causal del artículo 374 letra c), del Código Procesal Penal, cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga. Pide la nulidad del juicio y de la sentencia, determinando el estado en que deberá quedar el procedimiento, ordenando realizar un nuevo juicio oral por Tribunal no inhabilitado. En subsidio, invocas la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, pues en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere incurrido en errónea aplicación del derecho que influyó en lo dispositivo del fallo, específicamente los artículos 15 N° 1 del Código Penal y 448 quáter del mismo Código.

A la audiencia fijada en esta Corte concurrieron por la defensa los abogados don Pablo Sanhueza y don Iván Cárdenas y por el Ministerio Público el abogado don José Luis Vallejos.

OIDOS LOS INTERVENIENTES Y CONSIDERANDO

PRIMERO: El abogado defensor penal público don Pablo Andrés Sanhueza Muñoz, en representación de los sentenciados J.A.H.B., M.A.A.M., J.R.V., D.A.L.A. y R.A.L.A sostiene que el fallo recurrido debe ser anulado, en primer lugar, por la causal de la letra f) del artículo 374 del Código Procesal Penal, y menciona como infringido el artículo 341 del mismo cuerpo legal.

Señala el recurrente que en el auto de apertura, el Ministerio Público acusó a sus defendidos por el delito de abigeato tipificado en el artículo 448 bis en relación al artículo 446 número 2 ambos del Código Penal, o sea abigeato bajo la "modalidad de hurto" en grado de ejecución consumado y perpetrados por los acusados en calidad de autores. Sin embargo el Tribunal en la sentencia definitiva condenó a los acusados por el delito de abigeato pero la modalidad de "robo en lugar no habitado" del artículo 442 del Código Penal, según se indica en el considerando cuarto inciso segundo, que señala: "estos hechos configuran el delito de abigeato cometido mediante la modalidad de robo en lugar no habitado, porque, en la especie, los agentes mediante

escalamiento, esto es ingresando por vía no destinada al efecto, entraron a un predio agrícola donde mataron dos vacunos los que luego trozaron...” Dio por ello establecido una modalidad comitiva distinta a la acusada por el Ministerio Público sin haber “advertido a los intervinientes durante la audiencia” ni menos “permitir debatir sobre ella” como obliga el inciso segundo y tercero del artículo 341. En concepto del recurrente, de esta forma el contenido de la sentencia excede el principio de congruencia que contempla el artículo 341 del Código Procesal Penal. De esta forma en caso que se hubiese condenado a sus defendidos como autores del delito de abigeato bajo la modalidad de hurto, la pena aplicable, incluso con la agravante específica del artículo 456 bis número 3 del Código Penal no podría haber excedido de presidio menor en su grado máximo y no de presidio mayor en su grado mínimo, como lo dispone el fallo recurrido.

Solicita que se invalide el juicio y la sentencia recurrida.

SEGUNDO: Que la sentencia recurrida en su considerando cuarto señala que “*el Tribunal ha podido establecer por sobre toda duda razonable que en la noche del 21 de junio de 2014, J.A.H.B., M.A.A.M., J.R.V., D.A.L.A. y R.A.L.A, traspasando las alambradas del cerco perimetral de predio, ingresaron al fundo “La Antártida”, ubicado en la ruta que une Las Cascadas con Ensenada, donde beneficiaron dos vacunos de propiedad de R.A.H .para luego cargar los trozos de los mismos en IA camioneta Nissan patente DT 8397, conducida por C.A.A, en la cual se trasladaron hasta Osorno, donde fueron detenidos con la carne y unos cuchillos usados para cometer el delito*” En los considerandos siguientes los sentenciadores analizan en forma pormenorizada, los medios de prueba aportados en la causa que le permitieron arribar a las conclusiones referidas.

TERCERO: Está totalmente establecido en el juicio que el Ministerio Público acusó a los imputados como autores del delito de abigeato bajo la modalidad de hurto, no obstante lo cual, la sentencia los condena como autores del delito de abigeato bajo la modalidad de robo en lugar no habitado. El artículo 341 del Código Procesal Penal establece con toda claridad que “*La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella.* La excepción a tal regla está contenida en el inciso siguiente que dispone que “*el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia*”.

CUARTO: Se puede verificar que, en el caso, el tribunal a quo no advirtió a los intervinientes durante la audiencia que daría al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación, máxime considerando que dicha nueva calificación suponía un aumento de las penas a aplicar.

QUINTO: De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 374 del Código Procesal Penal, el juicio y la sentencia serán siempre anulados, cuando entre otras causales la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341, como es el caso sublite. No obsta a lo anterior al hecho de haber sido acreditado en el juicio, más allá de toda duda razonable, que los acusados ingresaron al predio donde beneficiaron los vacunos, por una vía no destinada al efecto, debido al carácter imperativo de la norma infringida.

SEXTO: Que el primer párrafo del artículo 341 del Código Procesal Penal, dispone la sentencia condenatoria no puede exceder el contenido de la acusación. “En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella.” Esto significa que al tribunal le está vedado condenar por un hecho diverso del que describió el Ministerio Público en la acusación y dicha prohibición es absoluta, pues la armonía de los hechos entre la acusación y la sentencia se exige para asegurar la defensa del acusado, para evitar que a éste se le condene por un hecho que no tuvo en cuenta la defensa; y la sentencia debe recaer sobre la misma situación de hecho que fuera objeto de la acusación.

SEPTIMO: Que de acuerdo a lo razonado, forzoso es concluir que la sentencia ha incurrido en el primer vicio de nulidad denunciado por las defensas de los

acusados: la sentencia no guarda armonía con la acusación y, en consecuencia, se determina que en el pronunciamiento del fallo de primer grado se incurrió en un motivo absoluto de nulidad, causal de la letra f) del artículo 374 del Código Procesal Penal, por lo que el recurso de nulidad debe ser acogido.

OCTAVO: Que habiéndose acogido el recurso por la causal anotada, se hace innecesario pronunciarse sobre el resto de las causales alegadas por ambos defensores, en especial considerando que el abogado Defensor Particular don Iván Cárdenas ha alegado la misma causal.

Y vistos, además, lo dispuesto en las normas legales citadas y los artículos 372, 374 letra e), 385 y 386 del Código Procesal Penal, **se acogen** los recursos de nulidad deducidos por los abogados defensores don Pablo Andrés Sanhueza Muñoz y don Iván Esteban Cárdenas Cárdenas, por los imputados, en contra de la sentencia definitiva de 29 de abril de 2016, dictada por la Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, presidida por el Juez don Marcelo Reuse Staub e integrada por los Jueces don Edmundo Moller Bianchi y don Héctor Hinojosa Aubel, en los autos RIT O-177-2015 y se declara que **se invalida** la referida sentencia como asimismo el juicio en que se dictó y se repone el procedimiento al estado de realizarse un nuevo juicio oral por un Tribunal no inhabilitado.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Abogado Integrante don Patricio Miranda Olivares. Rol Reforma

Pronunciada por la **PRIMERA SALA**, Ministro Sr. **JUAN IGNACIO CORREA ROSADO**, Ministra Sra. **MARCIA UNDURRAGA JENSEN** y Abogado Integrante Sr. **PATRICIO MIRANDA OLIVARES**, quien no firma, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo, por encontrarse ausente. Autoriza el Secretario Subrogante, Sr. César Iván Agurto Mora.

En Valdivia, veintiuno de junio de dos mil dieciséis, notifiqué por el estado diario la resolución precedente. César Iván Agurto Mora, Secretario Subrogante. Juan Ignacio Correa Rosado, Marcia Undurruga Jensen Patricio Miranda Olivares.

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Valdivia integrada por Ministro Presidente Juan Ignacio Correa R. y Ministra Marcia Del Carmen Undurruga J. Valdivia, veintiuno de junio de dos mil dieciséis.

4. Corte de Apelaciones de Valdivia Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa fundamentado en que se complementó en la audiencia de juicio oral informe pericial no constando dicha información en la carpeta investigativa. (CA de Valdivia 17.06.2016 Rol 300.2016)

Normas asociadas: CPP ART. 93 e; CPP ART. 182 inciso 2; CPP ART. 315; CPP ART. 374 c; CPP ART. 374 e.

Temas: Recursos; Prueba.

Descriptor: Medios de Prueba; Prueba Pericial; Recurso de Nulidad; Valoración de Prueba.

Delito: Robo Con Fuerza En Lugar Destinado A La Habitación

Defensor: Iván Esteban Cárdenas Cárdenas.

Magistrados: Emma Díaz Yévenes, Ruby Alvear Miranda, Claudio Novoa Araya

SINTESIS: Corte de Apelaciones de Valdivia Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa fundamentado en que se complementó en la audiencia de juicio oral informe pericial no constando dicha información en la carpeta investigativa: (1) que, en el considerando 12º, el Tribunal ad quo fija como un hecho que la instrucción dada por la Fiscal al inicio de la investigación fue la de realizar todas las pericias, con la instrucción particular de levantar huellas; y que la pericia venía dada por el respectivo cotejo de huellas dactilares, no siendo en definitiva dicha diligencia de investigación desarrollada de manera autónoma por la policía. (2) las alegaciones de la defensa pretenden desconocer dos hechos fundantes de la decisión del tribunal, lo que requería necesariamente una actividad probatoria de la causal en los términos exigidos por el artículo 359 del Código previamente citado, carga que la defensa no cumplió -al no incorporar probanzas en la vista del recurso- e impide esta Corte desconocer, por sus solos dichos, aspectos fácticos que no se encuentra facultada para modificar. (3) Lo anterior conlleva necesariamente el rechazo del recurso, al no ser efectivos los hechos que denuncia, pues el peritaje sí contenía la información que alega faltante y también existió una orden de investigar emitida por el Ministerio Público a su respecto. (4) Que, en un distinto orden de ideas, la misma defensa reconoce en su recurso de nulidad que alegó en todas las oportunidades procesales que la ley le franquea la ilegitimidad de la prueba pericial que impugna en su arbitrio de nulidad, por lo que malamente podría sostenerse que se le ha impedido ejercer alguna facultad, máxime si sus fundamentos se originan en vicios que no constan en el proceso, se contradicen con el fallo recurrido y no fueron probados en la forma exigida por el artículo 359 del Código Procesal Penal. (5) Que no se advierte en la ponderación de las pruebas que hubiese habido insuficiencia de análisis de las mismas, desde tal punto de vista jurídico, y no aparece la falta de argumentación que hace ver el recurrente respecto de los conocimientos científicamente aportados en juicio, las máximas de la experiencia y los principios de la lógica, más aun si el interesado se limitó a sostener una presunta ilegalidad de la prueba rendida, que no fue declarada por ningún tribunal ni tampoco acreditada en la forma que el Código Procesal Penal exige. **(Considerando 3, 4, 5 y 9)**

TEXTO COMPLETO

Valdivia, diecisiete de junio de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos RIT 188-2015, RUC 1300639913-9 del Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, por sentencia de veintinueve de febrero de dos mil dieciséis, dictada en el juicio oral, se condenó al acusado C.A.C.N. a la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales, por su responsabilidad como autor del delito consumado de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, cometido el 25 de junio de 2013, en la comuna de Puerto Octay.

El abogado defensor penal público Iván Esteban Cárdenas Cárdenas, en representación del acusado, deduce recurso de nulidad respecto del citado fallo basándose primeramente en la causal de nulidad contenida en el artículo 373 a) del Código Procesal Penal. Mediante resolución de 4 de abril de 2016, la Excma. Corte Suprema ordenó remitir el conocimiento del recurso de nulidad a esta Corte, reconduciendo dicha causal a la del artículo 374 letra c) del mismo Código, fundada en la vulneración al ejercicio de derechos establecidos para el defensor. En subsidio, alega la concurrencia del motivo de anulación contemplado en el 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 letra c) del citado texto legal y el artículo 297 del mismo.

En audiencia efectuada el 2 de junio de 2016 para conocer del recurso, se presentaron a alegar por el Ministerio Público el abogado José Vallejos y por la defensa lo hizo el abogado Iván Cárdenas, exponiendo cada uno los argumentos atinentes a sus respectivos puntos de vista.

Oídos los intervinientes y teniendo presente:

Primero: Que la defensa funda su recurso primeramente en la causal de nulidad prevista del artículo 374 c) del Código Procesal Penal, esto es, cuando el defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga.

Comienza su recurso exponiendo los antecedentes del debate producido en la instancia y afirma, en primer lugar, que el perito C.D.G.S. complementó en la audiencia de juicio su informe pericial huellográfico mediante la incorporación de información relevante que el peritaje no contenía, vulnerando de esta forma lo dispuesto en los artículos 93 letra e), 182 inciso 2° y 315 del Código Procesal Penal al no constar esa información en la carpeta investigativa. Dice que por tal motivo, no pudo conocer esa información nueva, siendo improcedente que se incluyera en la etapa de audiencia de juicio ya que le habría privado de rendir prueba en contrario.

En segundo lugar, asevera que el peritaje fue realizado en ausencia de orden del fiscal a cargo del caso, ya que la presunta orden verbal de la fiscal a cargo no fue adecuadamente registrada en la carpeta investigativa, infringiéndose los artículos 3, 77, 180 y 181 del Código Adjetivo Penal. Hace presente que en la audiencia de preparación de juicio oral, realizada el día 21 de diciembre de 2015, ante el Juzgado de Garantía de Osorno, causa RIT 1600-2014 de ese tribunal, en el alegato de apertura del juicio oral y en su alegato de clausura, la defensa insistió en la existencia de los vicios que denuncia por intermedio de su recurso de nulidad. Finaliza solicitando se anule el juicio y su sentencia, ordenándose la realización de un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado.

Segundo: Que, alegando la concurrencia de la causal ejercida en forma subsidiaria, estima que la sentencia ha incurrido en infracción a los artículos 297 y 342

letra c) del Código del reamo por valorar prueba obtenida de manera ilegal y también, por haber valorado prueba nueva producida en juicio al margen de lo dispuesto en el artículo 336 del referido Código no siendo la prueba ilegal susceptible de valoración.

Concluye pidiendo se anule el juicio y su sentencia, ordenándose la realización de un nuevo juicio oral simplificado ante un tribunal no inhabilitado.

Tercero: Que, respecto al primer motivo de anulación ejercido por la defensa, la adecuada resolución del asunto requiere precisar dos hechos contenidos en el fallo recurrido, que esta Corte no puede modificar, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 359 del Código Procesal Penal.

Primero, en el motivo 9° de la sentencia, los Jueces establecen que el peritaje, a diferencia de lo argumentado por la defensa, sí describe de manera cualitativa cada uno de los doce puntos característicos de manera gráfica, en la lámina que forma parte de su informe pericial y que fue incorporada como prueba de cargo. En segundo lugar, en el considerando 12°, el Tribunal fija como un hecho que la instrucción dada por la Fiscal al inicio de la investigación fue la de realizar todas las pericias, con la instrucción particular de levantar huellas; y que la pericia venía dada por el respectivo cotejo de huellas dactilares, no siendo en definitiva dicha diligencia de investigación desarrollada de manera autónoma por la policía.

Cuarto: Que, consiguientemente, las alegaciones de la defensa pretenden desconocer dos hechos fundantes de la decisión del tribunal, lo que requería necesariamente una actividad probatoria de la causal en los términos exigidos por el artículo 359 del Código previamente citado, carga que la defensa no cumplió -al no incorporar probanzas en la vista del recurso- e impide esta Corte. desconocer, por sus solos dichos, aspectos fácticos que no se encuentra facultada para modificar.

Lo anterior conlleva necesariamente el rechazo del recurso, al no ser efectivos los hechos que denuncia, pues el peritaje sí contenía la información que alega faltante y también existió una orden de investigar emitida por el Ministerio Público a su respecto.

Quinto: Que, en un distinto orden de ideas, la misma defensa reconoce en su recurso de nulidad que alegó en todas las oportunidades procesales que la ley le franquea la ilegitimidad de la prueba pericial que impugna en su arbitrio de nulidad, por lo que malamente podría sostenerse que se le ha impedido ejercer alguna facultad, máxime si sus fundamentos se originan en vicios que no constan en el proceso, se contradicen con el fallo recurrido y no fueron probados en la forma exigida por el artículo 359 del Código Procesal Penal.

Sexto: Que, respecto a la causal ejercida en forma subsidiaria preciso es colacionar que en el sistema procesal penal en estudio, existe como principio fundamental que el correspondiente análisis de las probanzas corresponde a los jueces de la instancia, carácter que no inviste la Corte de Apelaciones respectiva cuando se procede al conocimiento de un recurso de nulidad, de manera que no se puede 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.

Séptimo: 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 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.

Octavo: Que asentadas las premisas antes enunciadas, necesario es reflexionar que los magistrados en cuestión, después de un acabado estudio y análisis de las probanzas incorporadas a la causa concluyen acertadamente en los basamentos 8° a 14°, que ellas permiten arribar a una decisión condenatoria en los términos pedidos por la fiscalía, por resultar del todo insuficientes, y de ahí que su decisión es la condena del acusado por todos el delito que le fue atribuido.

Noveno: Que no se advierte y denota en la ponderación de las pruebas que hubiese habido insuficiencia de análisis de las mismas, desde tal punto de vista jurídico, y no aparece asimismo, la falta de argumentación que hace ver el recurrente respecto de los conocimientos científicamente aportados en juicio, las máximas de la experiencia y los principios de la lógica, más aun si el interesado se limitó a sostener una presunta ilegalidad de la prueba rendida, que no fue declarada por ningún tribunal ni tampoco acreditada en la forma que el Código Procesal Penal exige para la prueba de configuración de la causal en los recursos de nulidad.

En efecto, de una lectura cuidadosa de los motivos antes referidos, se observa que el tribunal explicó el modo en que la prueba rendida le producía convencimiento respecto al hecho investigado, haciéndose cargo de las alegaciones de la defensa en el motivos 12° y llegando a una conclusión razonable, que esta Corte entiende a cabalidad y estima puede ser entendida por cualquier hombre medio que de lectura al fallo.

Décimo: Que, así las cosas, del tenor del recurso de nulidad interpuesto, consta que el recurrente ha efectuado una valoración de la prueba rendida en forma paralela al Tribunal, lo que no revela un error argumentativo de éste último sino una diferencia de opinión que, a no dudarlo, resulta insuficiente para declarar la nulidad del fallo.

Décimo primero: Que, de lo expuesto, se entiende que los jueces del grado no han impedido al defensor ejercer las facultades que la ley le otorga ni cometido en la dictación de la sentencia los errores y omisiones que se les atribuyen, por lo que el recurso será rechazado.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b) 374 letra e), 375 y 378 y siguientes del Código Procesal Penal, se **RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del acusado C.A.C.N. en contra de la sentencia de autos de veintinueve de febrero de dos mil dieciséis, la que no es nula.

Regístrese y comuníquese.

5. Corte de Apelaciones de Valdivia rechaza recurso de apelación interpuesto por querellante del SII en contra de sentencia que sobreseyó total y definitivamente al imputado. (CA de Valdivia 21.06.2016 Rol 342-2016)

Norma asociada: L17336 ART. 81; ART. 97 del CTRIB; CPP ART. 250 LETRA A).

Tema: Recursos; Delitos contra la propiedad

Descriptor: Recurso de Apelación; Sobreseimiento definitivo; Delitos del artículo 81 de la Ley de Propiedad intelectual; Delitos Tributarios.

Delito: Ejercicio de Comercio Clandestino

Defensor: Rodrigo Peluchonneau Allende

Magistrados: Juan Ignacio Correa Rosado, Fiscal judicial María Heliana Del Río Tapia y Abogado Integrante Claudio Novoa Araya

SÍNTESIS: **Corte de Apelaciones de Valdivia rechaza recurso de Apelación interpuesto por el querellante SII en contra de sentencia que sobreseyó total y definitivamente al imputado. Los principales argumentos del tribunal para llegar a la sentencia fueron los siguientes:** (1) La persona condenada, absuelta o sobreseyda definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho. (2) Que conforme a este principio básico, la imputada no puede ser perseguida penalmente por la querellante Servicio de Impuestos Internos, pues se trata de un hecho respecto del cual hubo juzgamiento y sentencia condenatoria, aun cuando el tipo penal sea de naturaleza distinta, pues el legislador no distingue y, de acuerdo a lo razonado, sólo cabe confirmar la resolución en alzada, con declaración que el sobreseimiento total y definitivo es conforme a lo que dispone la letra f) del artículo 250 del Código Procesal Penal, esto es, “cuando el hecho de que se tratase hubiera sido materia de un procedimiento penal en el que hubiere recaído sentencia firme respecto del imputado **(Considerandos 4 y 5)**.”

TEXTO COMPLETO

Valdivia, veintiuno de junio de dos mil dieciséis.

VISTOS:

ue el abogado señor Rodrigo Peluchonneau Allende, por el querellante Servicio de Impuestos Internos, en investigación instruida por delito tributario de ejercicio de comercio clandestino, dedujo recurso de apelación en contra la resolución dictada en audiencia, de 24 de mayo de 2016, que sobreseyó total y definitivamente la causa, conforme al artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal, decisión que le causa agravio pues le impide continuar con su tramitación, en particular con el desarrollo de la audiencia de preparación del juicio oral. Pide se revoque la resolución en alzada y, en su lugar, disponer que se retrotraiga la causa al estado de fijar una nueva audiencia de preparación del juicio oral.

OIDO Y TENIENDO PRESENTE:

Primero: Que, en concepto del recurrente, el Tribunal al sobreseer definitivamente -como se indicó- incurre en una errada aplicación e interpretación del artículo 97 N° 9 del Código Tributario, que no pretende sancionar la evasión de impuestos, de tal suerte que para que se configure el delito la ley no exige que se produzca un perjuicio fiscal. Añade que el señor Juez de Garantía sustenta su decisión de sobreseer total y definitivamente la causa en la circunstancia que la norma sanciona el comercio efectivamente clandestino para impedir se evadan impuestos, exigencia que no estima procedente para aquellos que ejercen un comercio ilícito, pues sólo las actividades lícitas tributan.

Segundo: La querellante agrega que la intención del legislador al tipificar el delito fue sancionar a aquellos que realizan actos de comercio clandestinamente, ocultos de la autoridad fiscalizadora, violentando el orden público económico, que es el bien jurídico protegido. El Servicio de Impuestos Internos tomó conocimiento de los hechos objeto de la presente causa en razón de la investigación originada por infracción a la Ley de Propiedad Intelectual, pues la Fiscalía Local de Valdivia les remitió antecedentes de las causas RUC números 1300714145-3, 1400335743-1 y 1400813014-1.

Tercero: Que los hechos a los cuales se refieren cada una de las causas mencionadas precedentemente -ofrecer a transeúntes copias de CD y DVD de películas reproducidas en diferentes formatos y títulos, copias de originales- fueron objeto de procesos previos en esta ciudad, todos por infracción a la Ley de Propiedad Intelectual. En la primera, RUC 1300714145-3, Rit N° 4295-2013 Angie Estefanía Torres Cortez, por sentencia de doce de mayo de dos mil catorce, dictada en procedimiento simplificado, fue condenada en calidad de autora del delito contemplado en el artículo 81 inciso primero de la Ley 17.336, sobre propiedad intelectual, en grado de consumado, perpetrado en la ciudad de Valdivia el 20 de julio del año 2013, a la pena de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo, más accesoria de suspensión de cargo u oficio públicos durante el tiempo de la condena, comiso de las especies incautadas para ser destruidas por el Ministerio Público una vez ejecutoriada esta sentencia, más una pena de multa a beneficio fiscal ascendente a cuatro unidades tributarias mensuales. En la segunda, RUC 1400335743-1, Rit N° 1413-2014, por sentencia de cinco de abril de dos mil catorce, dictada en procedimiento simplificado, Angie Estefanía Torres Cortez, fue condenada a cuarenta y un días de prisión en su grado máximo, accesoria de suspensión de cargo u oficio público por el tiempo de la condena y a una multa de dos tercios de unidad tributaria mensual; y en la RUC 1400813014-1, Rit 3668-2014 Angie Estefanía Torres Cortez, fue condenada junto a otras personas por sentencia de veintitrés de agosto de dos mil catorce, dictada en procedimiento simplificado, por infracción al artículo 81 inciso 1° de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual, como autores en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal, grado de desarrollo de consumado, por los hechos acaecidos en esta ciudad el día 23 de agosto de 2014, a una pena para cada uno de ellos de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, a una multa de diez unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, y a las accesorias del artículo 30 del Código Penal, accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, al comiso de las especies incautadas correspondiente a 216 CDs encontrados en poder de la imputada Angie Estefanía Torres Cortez, 550 CDs encontrados en poder del imputado José Reinaldo Ibarra Gatica y 202 CDs encontrados en poder de la imputada Loreto Lisset

Salgado Urrutia, autorizándose desde ya la destrucción por parte del Ministerio Público, una vez ejecutoriada la sentencia.

Cuarto: Como se observa, por los mismos hechos -circunstancia que ha sido reconocida por el querellante- Angie Estefanía Torres Cortez ha sido juzgada y condenada. El artículo 1° del Código Procesal Penal dispone:

“Juicio previo y única persecución. Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal.

La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho.”.

Quinto: Que conforme a este principio básico, Angie Estefanía Torres Cortez no puede ser perseguida penalmente por la querellante Servicio de Impuestos Internos, pues se trata de un hecho -cualquiera de los que alude en el recurso-respecto del cual hubo juzgamiento y sentencia condenatoria, aun cuando el tipo penal sea de naturaleza distinta, pues el legislador no distingue y, de acuerdo a lo razonado, sólo cabe confirmar la resolución en alzada, con declaración que el sobreseimiento total y definitivo es conforme a lo que dispone la letra f) del artículo 250 del Código Procesal Penal, esto es, “cuando el hecho de que se tratase hubiere sido materia de un procedimiento penal en el que hubiere recaído sentencia firme respecto del imputado.”.

Por estos motivos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código Procesal Penal, **se confirma** en lo apelado, la resolución en alzada, pronunciada por el juez titular señor Jorge Rivas Álvarez, que sobreseyó total y definitivamente la investigación respecto a la imputada Angie Estefanía Torres Cortez con declaración que el sobreseimiento total y definitivo lo es conforme a lo que dispone la letra f) del artículo 250 del Código Procesal Penal, por los hechos formalizados y a los cuales se refiere la querrela del Servicio de Impuestos Internos.

Regístrese, comuníquese.

Redacción del Ministro Titular señor Juan Ignacio Correa Rosado. Rol 342 – 2016 REF.

Pronunciada por la **PRIMERA SALA**, Ministro Sr. **JUAN IGNACIO CORREA ROSADO**, Fiscal Judicial Sra. **MARÍA HELIANA DEL RÍO TAPIA** y Abogado Integrante Sr. **CLAUDIO NOVOA ARAYA**. Autoriza el Secretario Subrogante, Sr. César Iván Agurto Mora

En Valdivia, veintiuno de junio de dos mil dieciséis, notifiqué por el estado diario la resolución precedente. César Iván Agurto Mora, Secretario Subrogante.

6. Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia condena a imputado por el delito de violación consumada y reiterado en la persona de una menor de edad, mayor de 14 años, tribunal califica su irreprochable conducta anterior. (Segunda Sala del TOP de Valdivia 17.06.2016. RIT 54-2016)

Normas asociadas: CP ART.361 N°1; CP ART. 11 N°6 CP; CP ART. 11 N°9; CP ART 68 Bis; CPP ART 351

Tema: Tipicidad; Delitos sexuales; circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal; prueba.

Descriptor: Atenuante Muy Calificada; Declaración De La Víctima; Veracidad Del Relato.

Delito: violación de mayor de 14 años.

Defensor: Valeria Arriagada Contreras

Magistrados: Germán Olmedo Donoso, Ricardo Aravena Durán y Cecilia Samur Cornejo

SÍNTESIS: La segunda sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia condena a imputado por el delito de violación reiterada en contra de menor de edad mayor de 14 años. Los fundamentos que el Tribunal tuvo en cuenta para arribar a su sentencia fueron los siguientes: (1) Los delitos sexuales son ejecutados por regla general en la intimidad y sin presencia de testigos, En este juicio la declaración de la víctima ha resultado vital y esencial. Sobre este relato se logró construir la teoría acusatoria, la que fue refrendada por prueba científica acreditando el acceso carnal. (2) Siendo facultad privativa, estos sentenciadores, procederán a calificar la atenuante de irreprochable conducta, teniendo únicamente presente que el acusado ha pasado más de medio siglo sin trasgredir el ordenamiento jurídico vigente manteniéndose incólume sin cometer ilícitos (3) La atenuante del 11 N°9 , requiere la entrega de antecedentes que permitan guiar y acotar la investigación, y, la prueba rendida, impide su ponderación a fin de establecer la sustancialidad para el esclarecimiento de los hechos que requiere para su procedencia, sumado a que el acusado no prestó declaración en el juicio oral. **(Considerando 8 y 12)**

TEXTO COMPLETO

Valdivia, diecisiete de junio de dos mil dieciséis.

VISTOS, OIDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que ante la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, con la presencia ininterrumpida de los magistrados don Germán Olmedo Donoso, quien la presidió e integrada por don Ricardo Aravena Durán y doña Cecilia Samur Cornejo, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral relativa a los autos **RIT 54-2016, RUC 1 400 309 223-3** seguidos en contra de **J.S.B.O.**, cédula de identidad N°4.621.449-8, casado, jubilado, 75 años, nacido el 12 de noviembre de 1940, domiciliado en calle Elvira Werner N°480 de la ciudad de La Unión, quien estuvo presente durante toda la audiencia.

Fue parte acusadora el Ministerio Público, representado por el Fiscal don Raúl Suárez Pinilla. La Defensa del acusado estuvo a cargo de la Defensoría Penal Pública doña Valeria Arriagada Contreras. Los intervinientes observan domicilio y forma de notificación registradas en el Tribunal.

SEGUNDO: Que el **Ministerio Público** en su **alegato de inicio**, sostuvo su acusación, la que se funda, conforme lo señala el auto de apertura: 1. Los hechos: *“En época comprendida entre los meses de Noviembre y Diciembre del año 2009, el acusado J.S.B.O, aprovechando la circunstancia de encontrarse a solas al interior de su domicilio ubicado en calle Elvira Werner N°480 de la ciudad de La Unión con la menor C.P.R.F, de 14 años de edad a la fecha de ocurrencia de los hechos, en dos oportunidades distintas e independientes entre sí, mediante el uso de fuerza e intimidación, accedió carnalmente por vía vaginal a la menor víctima agraviada.*

El primer episodio ocurrió en un dormitorio del mencionado domicilio del acusado y el segundo de ellos en el patio del referido inmueble.

A raíz de las acciones desplegadas por el acusado, la víctima C.P.R.F resultó embarazada, dando a luz con fecha 22 de Agosto del año 2010 al menor iniciales A.A.R.R., hijo biológico del acusado.”

2. Calificación jurídica: A juicio del Ministerio Público, los hechos atribuidos a J.S.B.O, satisfacen el tipo penal de un delito de violación de mayor de 14 años, en grado de desarrollo consumado y en carácter de reiterado, ilícito previsto y sancionado en el artículo 361 N°1 del Código Penal en relación al artículo 351 del Código Procesal Penal.

3. Participación: Estima la Fiscalía, que al acusado J.S.B.O, le ha correspondido, según lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal, la calidad de autor ejecutor del delito materia de la presente acusación, toda vez que ha tomado parte en la ejecución de los hechos de una manera inmediata y directa, llevando a cabo todos los elementos que configuran el delito por el cual se le acusa.

4. Circunstancias modificatorias: A juicio del Ministerio Público concurren respecto del acusado J.S.B.O la circunstancia atenuante de responsabilidad penal establecida en el artículo 11 N°6 del Código Penal, sin concurrir a su favor circunstancia agravante alguna.

5. Solicitud de pena: Considerando la pena asignada al delito por el que se acusa a J.S.B.O, el grado de desarrollo de éste y su participación en el mismo, teniendo presente que en la especie concurre a su respecto una circunstancia atenuante de responsabilidad penal y no lo perjudica ninguna circunstancia agravante, de conformidad a lo señalado en el artículo 68 y 361 N°1 del Código Penal en relación al artículo 351 del

Código Procesal Penal, la Fiscalía requiere se imponga al acusado una pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, como autor de un delito de Violación de mayor de 14 años, en grado de consumado y en carácter de reiterado, más las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, conforme al artículo 28 del Código Penal, con costas. De igual forma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley N°19.970, solicita se ordene el registro de la huella genética del acusado.

El Sr. Fiscal, señaló los medios de prueba que hará valer en la audiencia para acreditar los hechos, esto es, el delito de violación reiterado y consumado, descrito en el artículo 361 N°1 del Código Penal y la participación del acusado en los mismos. La víctima tenía recién cumplido los 14 años, contaremos con el atestado de la afectada y la madre de ésta a quien develó los hechos no en forma inmediata sino años después a propósito de la incertidumbre a nivel familiar del padre del hijo de la ofendida complementado con prueba fundamental para acreditar el acceso carnal, examen de ADN y demostrará que el hijo concebido por la víctima es hijo biológico del acusado.

En su **alegato de cierre**, señaló que mediante la prueba rendida se acreditaron dos hechos constitutivos del delito de violación de una menor mayor de 14 años a la época de ocurrencia de éstos a fines del año 2009. Se probó de forma fehaciente a través de prueba científica el acceso carnal efectuado por el encartado en los dos episodios que conllevó un embarazo y posterior nacimiento del hijo de la menor víctima a través del certificado de nacimiento y el padre biológico de éste es precisamente el acusado conforme al peritaje químico de ADN. Se probó la dinámica de ocurrencia de los hechos en los términos del artículo 361 N°1 del Código Penal, el imputado en los dos casos para acceder carnalmente a la niña, utilizó fuerza, particularmente sosteniendo sus manos en la primera ocasión y contra su voluntad en el segundo episodio.

Durante la **réplica**, precisó que la Defensa indica algunas contradicciones, el colegio donde estudiaba la menor en ese entonces; doña Guísela cuando refiere sobre la develación finalmente habla del 24 de marzo de 2010, la menor estaba en la escuela “La Cultura”; en el año 2009 a la fecha de ocurrencia de los hechos, la víctima estaba terminando 8° básico en la Escuela “El Maitén”. En relación a la dinámica del acceso carnal, la Defensa por un lado no desconoce el acceso carnal, teniendo presente además, el peritaje de ADN, producto del embarazo la menor tuvo un hijo y el padre biológico es el imputado; no es un elemento controvertido. Desde el punto de vista de la suficiencia de la prueba, sí resultó probada particularmente la fuerza e intimidación, debemos lograr deslumbrar la situación que ocurría el año 2009, con una menor de 14 años que venía desde el colegio con su uniforme y mochila; el acusado bajo engaño la hace ingresar al interior del domicilio y ella con completa ignorancia de qué eran las relaciones sexuales, es sometida a esta situación, no siendo necesario que resulten lesiones como moretones, el sólo hecho que manifestara la víctima que el acceso carnal fue contra su voluntad y el imputado la sujetaba con sus manos, es un elemento suficiente para entender que concurre la fuerza como lo establece el artículo 361 N°1 del Código Penal, unido a la lógica y máximas de la experiencia, no es plausible ni creíble que una menor de 14 años haya querido tener relaciones sexuales con una persona que en ese entonces habría tenido 68 o 69 años de edad, no existe consentimiento de parte de la menor como lo refiere la Defensa.

Finalmente señala que no puede entenderse una colaboración del imputado, efectivamente se ha establecido que éste declaró en sede investigativa a raíz de la denuncia formulada el 24 de marzo de 2014, pero no lo hizo en el presente juicio y el funcionario de la PDI, dijo que el acusado en ningún momento reconoció el acceso carnal

sólo admite situaciones de connotación sexual que podría encuadrarse en abusos sexuales.

En suma se dan los elementos necesarios para condenar al acusado.

TERCERO: Que la **Defensa** del acusado en su **alegato de apertura**, sostuvo la absolución de su patrocinado y éste desde el inicio de la investigación ha colaborado con la misma, declarando ante personal policial; él no desconoce haber tenido relaciones sexuales con la menor y supuesta víctima C.P.R.F, pero éstas fueron consentidas. La prueba del Ministerio Público consiste sólo en los dichos de la víctima, no existe otra prueba independiente que apoye su versión; no hay prueba pericial de credibilidad y daño; tampoco un informe sexológico. La Defensa está consciente que la develación se realizó varios años después, no siendo óbice para practicar otras diligencias que conduzcan a demostrar la credibilidad de la supuesta afectada. El acusado ha tenido también una versión de los hechos, razonable y posible; existen dos versiones contrapuestas e igualmente probables. La prueba de la Fiscalía será insuficiente para acreditar, más allá de toda duda razonable, los hechos plasmados en la acusación.

En su **alegato de cierre**, reiteró que la prueba ha sido insuficiente para derribar la presunción de inocencia que goza su representado. De la declaración de la víctima se generan otros testimonios, sus dichos mantienen contradicciones; en cuanto al colegio en que estudiaba la víctima, ésta señala “El Maitén”, la madre, refiere “La Cultura”. La madre dijo que siempre la menor venía del colegio acompañada de su padre, en cambio, refiere la menor, siempre sola. La madre indica que nunca envió a su hija al taller de bicicletas o a la casa de su defendido, la víctima, reseñó que en la segunda oportunidad la envió su madre y ella se negaba. Las fotografías proyectadas por la Fiscalía en que supuestamente se aprecia la silla en la que habría acontecido el segundo encuentro sexual, le parece, una silla normal, no alta. En relación al embarazo, la víctima dice que se entera cuando concurre al Consultorio y la madre indica que C.P.R.F antes le contó a un hermano, éste no depuso en juicio.

Los dichos de la víctima adolece de ciertas contradicciones, al momento de hacer la denuncia, el mismo funcionario policial manifestó que señaló que habrían sido tres encuentros sexuales en el lapso de una semana y en la audiencia relata dos episodios separados con un par de meses de diferencia. Además la afectada no fue clara en relación a la dinámica del acceso carnal, al referir cómo el acusado le quita sus ropas, cómo habría sido esta fuerza intimidatoria, no logrando su versión la verosimilitud requerida, al no precisar la hipótesis de fuerza e intimidación levantada por el Ministerio Público, ya que al ser consultada la víctima por la Defensa, señala que no tuvo lesiones ni tampoco fue amenazada, sólo se le habría señalado el imputado que nadie le iba a creer; como contrapartida, su defendido desde que es requerido voluntariamente se acerca al Cuartel de la PDI y declara, no desconoce los encuentros de carácter sexual consentidos con C.P.R.F Raimilla, desde un principio, incluso siendo interpelado por la madre de la ofendida cuando se entera de los hechos, negando que haya vulnerado de alguna forma a la víctima. Dada la escasez de la prueba del Ministerio Público no habiendo otra independiente más allá del relato de la afectada, no puede sino absolverse a su patrocinado.

Replicando, señala que su patrocinado reconoció encuentros de carácter sexual con la víctima, lo que no implica necesariamente acceso carnal, así lo relató el funcionario de la PDI. En el segundo encuentro relatado por su defendido, existió eyaculación en la zona de la vagina de la menor, perfectamente pudo culminar en un embarazo. Finalmente que se diga por Fiscalía que una joven de 14 años quiera mantener relaciones sexuales con una persona de avanzada edad, atenta contra la lógica y las máximas de la experiencia, estima la Defensora, no es tan insólito ni repentino, esto sucede en lugares como La Unión.

CUARTO: Que en presencia de su Defensora el acusado J.S.B.O, fue debida y legalmente informado de los hechos constitutivos de la acusación y, advertido de sus derechos y de lo dispuesto en el artículo 326 del Código Procesal Penal, manifestó su derecho a guardar silencio, situación que se mantuvo durante toda la audiencia, incluso en la oportunidad prevista en el artículo 338 del Código Procesal Penal.

QUINTO: Que las partes no arribaron a convenciones probatorias, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 275 del Código Procesal Penal, ni se dedujo demanda civil en contra del acusado, según consta en el auto de apertura.

SEXTO: Que de la unión lógica y sistemática de los medios de prueba rendidos en la audiencia, atendida la coherencia entre unas y otras, verosimilitud de los hechos a los que refieren, analizadas y valoradas libremente conforme a la facultad conferida por el artículo 297 del Código Procesal Penal, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, es posible concluir que se dan por acreditados, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos:

“En fechas no determinadas en el período que media entre fines del año de 2009 y comienzo del año 2010, el acusado J.S.B.O, accedió carnalmente, vía vaginal, en dos oportunidades a C.P.R.F, nacida el 13 de mayo de 1995, de 14 años de edad a la fecha de ocurrencia de los hechos, en circunstancias que se encontraba a solas con la menor; el acusado concretó su actuar ilícito venciendo la voluntad de la víctima, utilizando para ello fuerza física en cada ocasión, logrando bajar sus pantalones del correspondiente uniforme de colegio y su ropa íntima, tomándola fuertemente de las manos e inmovilizándola introduciendo su pene en la vulva. En el segundo episodio sentó a la niña en una silla existente en el taller y ejecutó la misma conducta.

Producto de las relaciones sexuales no consentidas, provocó en C.P.R.F Patricia un embarazo fruto del cual nació su hijo de iniciales A.A.R.R el 22 de agosto de 2010.

El primer episodio sexual aconteció en el dormitorio del imputado y, el segundo en el interior del taller de bicicletas que mantenía en la parte posterior del inmueble ubicado en calle Elvira Werner N°480 de la ciudad de La Unión”.

SÉPTIMO: Para acreditar las proposiciones fácticas que preceden y que constituye la existencia de los delitos imputados así como la participación del acusado en los mismos, el Tribunal ha tenido principal y fundamentalmente los siguientes medios de prueba:

1).- Declaración de la **víctima, C.P.R.F**, de actuales 21 años. Los hechos acontecieron cuando tenía más de 14 años. Ella estudiaba en la Escuela “El Maitén”, cursaba 8° básico. Siempre pasaba por fuera de la casa del acusado; un día él la llamó diciéndole que tenía que pasarle algunas cosas. Una vez al interior del inmueble, señaló que lo esperara en su dormitorio; *después la botó encima de su cama y la penetró, es decir, le introdujo el pene en su vagina, esta persona es J.S.B.O.* Los hechos ocurrieron a fines de 2009, reitera, ese día venía de la Escuela “El Maitén”, andaba con su uniforme del colegio y su mochila; eran como las 16:30 horas, la casa del acusado está ubicada en calle Elvira Werner, era habitual que ella pasara por ahí, su casa está muy cerca.

El acusado es familiar de su abuelo materno; parentesco lejano.

Precisó que J.S.B.O le dijo que tenía unas colaciones para mandar a su mamá, ella entró por la parte posterior del inmueble, donde él tenía su taller de bicicletas e ingresó al interior de la casa, concretamente al living comedor, y él le dijo que lo espera en su pieza.

Después de los hechos, le señaló que nunca dijera nada; y no contó por miedo que hablaran de ella y su familia. Recuerda que ese día andaba con pantalón de uniforme, él la botó, le sacó una pierna del pantalón y se tiró encima, estaba boca arriba, no podía moverse, él respiraba en su oído. En ese momento no sabía exactamente qué estaba pasando, en la Escuela, en ese tiempo, nunca le explicaron mucho en qué consistían las relaciones sexuales; era muy ignorante, ahora sí lo sabe J.S.B.O, le sujetaba sus manos, con las manos de él.

Recuerda que después de este episodio, ella se paró, se fue a su casa, se bañó inmediatamente, se sentía asquerosa. También botó unas gotitas de sangre ese mismo día.

Precisa que el acusado le dijo que no contara a nadie, ya que no le iban a creer y ella iba a quedar mal, por eso guardó silencio, nunca dijo nada.

En enero de 2010, aconteció un segundo episodio; recuerda que su sobrino tenía una bicicleta chica; su mamá no tenía idea de lo sucedido, la mandó donde él a buscar una rueda de dicha bicicleta, ella no quería ir, pero su madre insistía. Recuerda que fue a la casa de J.S.B.O, éste le dijo que no contara nada lo que estaba pasando y le dio \$2.000. Ese día, vestía un short, polera y chalas. En el taller a la entrada había una silla y él la sentó allí, luego comenzó a darle besos en la cara, incluso quería darle un beso en la boca, ella se corrió, decía lo mismo: "que no le cuente a nadie", ella quería irse, pero él no la dejó, diciéndole se quedara; luego le bajó el short y volvió a hacerle lo mismo.

Nunca más pasó por su casa, tampoco fue a su domicilio, expresa que tenía miedo. Explica que la silla era alta, el acusado *le sacó el short, le abrió sus piernas y volvió a penetrarla, es decir, introdujo su pene en su vulva, en esa ocasión le dio como \$2.000 para que no le cuente a nadie, se fue a su casa.*

Después supo que estaba embarazada, en ese entonces no sabía nada de aquello, agrega, escuchó a una cuñada que se embarazó de su sobrina, sobre el retraso del período menstrual; a ella no le llegaba la regla, tenía un retraso de tres meses y era regular en sus ciclos. Reporta que no quería ser madre joven. Su mamá le indicó que le haría un test de embarazo llevándola al Consultorio, arrojando positivo, tenía tres meses de gestación.

Añade que siempre el imputado la veía en la calle, siempre la seguía y tocaba la bocina de su automóvil, ella se ponía sus audífonos.

Han pasado seis a siete años desde la ocurrencia de los hechos; físicamente en ese tiempo, era alta, medía como 1,50 metros, pelo largo, contextura delgada y jugaba con sus muñecas.

Después de comprobar el embarazo, le preguntaban quién era el papá, siempre negaba diciendo que no era de La Unión, tenía miedo cómo reaccionaría su familia, y cuando su hijo tenía tres años y siete meses, (nació el 22 de agosto de 2010), recuerda que fue como el año 2013, su mamá la llamó, no estaba en su casa, le dijo que sabía quién era el papá de su hijo, preguntándole ¿ cómo lo sabía? diciéndole que le habían contado que era J.S.B.O, en esa conversación con su madre Guísela, reconoció quién era el padre de su hijo, su mamá llamó a funcionarios de la PDI, ella le indicaba que no hiciera nada, señalándole ésta que no iba a dejar pasar esta situación porque había guardado por muchos años estos hechos. Ese día estaba en casa de su abuela y llegó la policía derivándola al Cuartel para tomarle declaración.

Señala que anteriormente no había tenido relaciones sexuales.

Luego de la denuncia fueron citados a una audiencia; allí solicitaron un examen de ADN, esperaron seis meses y arrojó positivo; J.S.B.O pidió una nueva prueba de ADN, porque la primera a él no le servía e igualmente fue positiva.

Refiere que no quiso nunca tener relaciones sexuales con J.S.B.O, esa *situación para ella fue asquerosa, le ensució su vida*, pero su hijo es lo mejor que le ha ocurrido, aunque sea fruto de una violación, es su todo y así será siempre. Reconoce al acusado presente en la audiencia. **Contrainterrogada por la Defensa:** contestó que el 2013 reconoció ante su mamá quien era el padre de su hijo; en esa fecha formuló la denuncia, la madre le dijo que sabía que el padre de su hijo era el acusado, tenía sospechas desde antes, le habrían contado, no señaló quién. Respecto del primer episodio que aconteció en la casa de J.S.B.O, vestía un pantalón sin cierre, con elástico, andaba con ropa interior, él sacó una pierna del pantalón y su ropa íntima, también una pierna y él ocupó sus manos para sostener las de ellas, es decir, opuso resistencia, lo trataba de sacar de encima pero no podía, ella era más delgada, él igual tenía avanzada edad. En relación al segundo episodio, andaba con polera, short y chalas, también con ropa interior; estuvo en todo momento en la silla alta cuando sucedió el acto sexual, el acusado le sacó su short y ropa interior completamente; en todo momento él estuvo medio agachado; en los dos episodios J.S.B.O se bajaba solo el pantalón antes que estuviera sobre ella. Él y su esposa se saludaban y hablaban con su madre, ésta no iba a la casa del acusado. En cuanto al dinero, entregado en la segunda ocasión, ella se lo devolvió. Nunca J.S.B.O la golpeó, no tuvo moretones. Él decía que nadie le iba a creer y la familia de él tampoco e iba a quedar mal delante de todos, reitera, silenció esta situación por miedo a que su familia reaccionara mal. Su papá cuando supo, se limitó a conversar con él, preguntándole por qué había hecho eso. **Aclarando sus dichos al Tribunal:** respondió que el primer hecho aconteció el 2009, estaba en el colegio; no recuerda el mes. La segunda ocasión sucedió durante las primeras semanas del mes de enero. Luego en el mes marzo (no en febrero como dijo) fue al Consultorio, tenía tres meses de embarazo, quedó embarazada en el segundo episodio, su bebé nació en agosto de 2010, a los ocho meses, porque ella era muy chiquitita; estaba en 8° básico cuando ocurrió el primer hecho. No tenía pololo en esa época.

Con el testimonio de la víctima se acredita el lugar y época de la ocurrencia de los hechos, naturaleza y circunstancias de la agresión sexual, ejerciendo el acusado fuerza sobre ella; su relato impresiona congruente, verosímil y elocuente, impresionó en concepto del Tribunal en correspondencia con la realidad de los sucesos vivenciados por la ofendida, según lo percibido en la audiencia, pues contiene una estructura lógica y coherente para dar sustento como elemento base al resto de la prueba aportada al juicio y del análisis del mismo no surgen dudas razonables, evidenciando afectación al relatar los dos episodios sexuales entregando detalles percibidos por sus sentidos y la interacción con el encausado J.S.B.O, su agresor sexual, quien la obligó a mantener relaciones sexuales.

Sus dichos son plenamente corroborados con las declaraciones de sus padres y en lo nuclear con lo expuesto por el funcionario de la PDI, plenamente apoyada con el examen científico de ADN que determinó la paternidad del hijo de iniciales A.A.R.R. nacido el 22 de agosto de 2010.

Fue enfática en señalar que a fines de 2009, pasaba por fuera de la casa del imputado, éste la llamó cuando regresaba del colegio, cursaba 8° básico, engañándola la hizo ingresar a su domicilio y que lo esperara en el dormitorio para entregar unas colaciones para su madre, allí la lanzó sobre la cama sujetándole las manos, inmovilizándola, opuso resistencia, pero resultó inútil procediendo a bajarle una pierna de su pantalón del uniforme del colegio y de su calzón, procediendo a penetrarla con su pene en su vulva; del mismo modo durante los primeros quince días del mes de enero de 2010,

su madre la mandó a buscar una rueda de bicicleta al taller del imputado, oportunidad en que éste la sentó en una silla existente en el lugar, le sacó el short y su calzón ejecutando la misma acción, dándole besos en su cara, ella se negaba, sin embargo, igualmente él realizó el acceso carnal. Producto de lo anterior se embarazó, negando quien fuera el autor de las agresiones sexuales, por miedo a la reacción de su familia y debido a que J.S.B.O le indicaba que no contara nada de lo sucedido y si decía algo nadie le iba a creer y ella quedaría mal ante sus familiares, siendo posible inferir que la niña visualizaba su entorno amenazante, es decir, desconfiando de las personas que la rodeaban generando posibles distancias y cayendo en la introversión, resultando lo más probable y lógico.

Antes de estos dos episodios, no había mantenido relaciones sexuales, incluso la primera vez botó unas gotas de sangre. Refiere que un día su madre la enfrentó y en el mes de marzo o abril de 2010, diciéndole que le haría un test en el Consultorio, resultando positivo, siempre negó la identidad del padre hasta que el 24 de marzo de 2014, ese día su madre obtuvo información a partir de una mentira, revelándole que J.S.B.O era quien la había violado.

Por otra parte, en el relato de C.P.R.F, no se advirtieron elementos espurios que la llevaran a inculpar falsamente J.S.B.O, sosteniendo dicha situación desde el año 2009, no develando la identidad de su agresor sino hasta el año 2014, siendo lógico inferir que así aconteciera debido a la edad en que fue interrumpido el normal desarrollo de su sexualidad con las consecuencias que derivaron, su embarazo a sus escasos 14 años y mantener la gestación de su hijo, tanto es así, que su hijo nació a los ocho meses, según sus propios dichos.

En cuanto al cuestionamiento formulado por la Defensa, en el sentido que la víctima señaló un colegio distinto del indicado por la madre en su declaración, será desestimada, desde que la madre fue clara al señalar que se enteró del embarazo de su hija en el mes de marzo de 2010, en ese entonces su hija C.P.R.F estudiaba en otra Escuela denominada "La Cultura", cursaba primer año de enseñanza media. Recordemos que la niña refiere como fecha de los episodios el 2009 y comienzo de enero del 2010, estaba en 8° básico en la Escuela "El Maitén.". En relación a las otras contradicciones referidas por la Defensora, esto es, que la madre indicó que C.P.R.F nunca fue sola al colegio, sino que era llevada por su padre; que jamás la envió al taller que mantenía el encausado a buscar una rueda de una bicicleta de un sobrino, serán rechazadas por el Tribunal, por no resultar relevantes y no afectar el núcleo central de su testimonio, cuál es el acceso carnal por vía vaginal que mantuvo el acusado con la menor en dos ocasiones. El mismo razonamiento es válido para descartar lo relatado por la víctima a través del testimonio del funcionario policial Eduardo Delgado Galindo, siendo una fuente indirecta, estos sentenciadores le otorgan mayor valor a sus dichos prestados en el juicio, siendo sometida al pertinente contradictorio. Finalmente respecto a la silla que aparece en la fotografía al interior de dicho taller, que en concepto de la Defensa no era alta, cabe señalar que el Tribunal la apreció un tanto más alta que una silla común y corriente y teniendo presente la edad de la niña, sus características físicas en esa época, descritas por la víctima no resulta menor el tamaño de la silla exhibida, unido a que C.P.R.F señaló claramente la posición en que se encontraba el acusado al penetrarla vaginalmente en aquel episodio.

Con lo anterior, rechazamos igualmente la observación de la Defensa en cuanto a la credibilidad de la víctima, versus los dichos del acusado quien reconoce encuentros sexuales con C.P.R.F pero no acceso carnal y además por no haberse rendido prueba pericial en cuanto a la veracidad del relato de la ofendida y algún examen sexológico. Reiteramos, una vez más, que corresponde de modo concluyente el ejercicio de la actividad jurisdiccional a los Tribunales y por lo tanto la apreciación y valoración de la prueba en el proceso judicial, en tal sentido, la autenticidad del relato de la víctima o

poder de convicción del mismo se forma a partir de la percepción directa en la audiencia de juicio, no es otro el propósito de la inmediación, salvo las excepciones legales y cada declaración aportada se aprecia en su mérito y tiene el valor que estos Jueces asignaron en relación con la coherencia y correlato con la prueba en su conjunto para establecer la verdad procesal acerca de la existencia de los hechos delictuales y participación del encartado en el mismo. Reiteramos lo ya dicho, el relato prestado por la hoy día mayor de edad, aparece completo en los hechos centrales y también en sus aspectos periféricos; entre estos últimos, C.P.R.F Raimilla que en la primera oportunidad vestía su uniforme y llevaba su mochila cuando es interceptada por el acusado y bajo engaño la hizo ingresar a su casa aprovechándose de estar a solas con la niña quien además, no tenía experiencia sexual. Siendo él una persona de edad mayor que su víctima, no obstante despliega en su contra hechos punibles, antijurídicos y reprochables correspondiéndole al acusado intervención criminal a título de autor material.

La narración de la ofendida, el contexto material que describe, su orfandad emocional para con su entorno familiar explica el silencio y la ausencia de denuncia, calza con la develación lograda tras mucho esfuerzo por parte de su madre facilitada por cierto por el embarazo cursado, demostrando de paso que la relación consentida que sostiene el acusado no sólo aparece de entrada muy inverosímil, sino que, lo más relevante, desvinculada de toda mínima prueba que la transforme siquiera en mínimamente creíble.

2).-Declaración de la madre de la víctima **G.M.F.C**, señalando que se enteró de los hechos el **24 de marzo de 2014**, tenía muchas sospechas ya que su nieto tiene un parecido increíble con el hijo del imputado. Llamó a su hija para que se juntaran en una garita cerca de su domicilio, diciéndole una mentira que ella sabía quién era el padre de su hijo, que el imputado se lo había relatado, no era verdad, y que el acusado le habría dicho que ella se había ido a ofrecer a su casa. C.P.R.F se puso a llorar, señalándole que era mentira, pues él la había violado. Después refiere la deponente, salió arrancando a su domicilio y le contó a su marido Eduardo Raimilla, luego fue a la casa del acusado, ingresando por el portón abierto diciéndole *“por qué le había hecho eso a su hija”*; él dijo que no había hecho nada, todo era mentira y ellos tendrían que pedirle perdón a él. Después salió y vio pasar una patrulla de la PDI, los detuvo, contándoles lo sucedido; luego fueron a buscar a su hija y la llevaron a declarar, ese mismo día.

Le mintió a su hija como una forma de sacarle información, su hija se puso a llorar. En cuanto a cómo se enteró del embarazo de su hija: en ese entonces trabajaba en Puerto Varas, en el mes de marzo de 2010, su hija estudiaba en la escuela La Cultura, a ella le llegaba su menstruación junto con su hija. Un día domingo ella no quiso ir a trabajar, a C.P.R.F le llevaba muñecas Barbie que le regalaban y su hija las vestía; a su vez le preguntaba por qué no quería comer, contestándole C.P.R.F que no deseaba engordar; la miraba y ella solo lloraba; le dijo *“C.P.R.F tu andas embarazada”*, ella negaba, agregando que nunca había pololeado; le exigió dijera la verdad, trató muy mal a su hija, le dio una bofetada en el rostro y si ella no contaba le compraría un test de embarazo, ese mismo día le contó a su hermano que estaba embarazada, tenía como tres meses de gestación. Refiere que todos la llevaron al Consultorio, C.P.R.F no decía la verdad, solamente lloraba; decía que había pololeado pero no había momento que lo hiciera, su papá la iba a buscar al colegio y trabajaba cerca de la casa, no salía a fiestas, etc. Nunca dijo la verdad hasta que ella la enfrentó.

La esposa del acusado tiene parentesco con su padre, son hermanos, pero no llevan el mismo apellido, el acusado es cuñado de su padre, J.S.B.O iba siempre a su domicilio a buscar a su marido para que labores de limpieza del cañón de estufa. Ella incluso le decía tío por respeto. El imputado conocía de chica a C.P.R.F, siempre preguntaba por Carlita, ésta tenía 12 años, cuando se fueron a vivir a la Población Los

Ríos y mantuvieron más contacto con J.S.B.O, su marido iba a arreglar su bicicleta. Julio siempre se paseaba en auto o en bicicleta por frente de su casa.

No recuerda haber enviado a C.P.R.F al taller de bicicletas del imputado. **Contrainterrogada por la Defensa:** contestó que C.P.R.F le contó a su hermano antes de ir al Consultorio a practicarse el test de embarazo; ese *mismo día*. En esa época su hija no pololeaba y su padre la iba a buscar al colegio.

3).-Testimonio del padre de la víctima **E.O.R.J**, quien refiere que el 24 de marzo de 2014 se enteró por dichos de su mujer Guísela, que su hija estaba embarazada y esperaba un hijo del acusado; le señaló que le había preguntado a C.P.R.F quién era el papá del niño. El deponente no sabe cómo ocurrieron los hechos, sólo que su hija resultó embarazada y el padre de su nieto es J.S.B.O.

A los 14 años su hija C.P.R.F era una niña era muy infantil, aún jugaba con muñecas. Su mamá trabajaba en Puerto Varas y le traía muñecas y la niña hacía ropas a sus muñecas.

Los testimonios de los padres de la víctima, particularmente el de su madre, han descrito de manera razonable y clara las circunstancias en que oyeron la develación de los hechos por parte de su hija C.P.R.F el 24 de marzo de 2014. Al efecto, la madre explicita que la llamó para que se juntaran en una garita cerca de su domicilio, obteniendo información de su hija a partir de una mentira, debido a que tenía sospechas en el imputado, ya que el hijo de éste tenía un parecido sorprendente con su nieto, indicándole que había sido el propio encartado quien le había dicho que ella se había ido a ofrecer a su casa y que el padre de su hijo era J.S.B.O, inmediatamente C.P.R.F rompió en llanto y confiesa que había sido violada por este sujeto; se dirigió raudamente a su domicilio contándole lo acontecido a su marido y después a la casa del imputado quien negó los hechos, manifestando que todo era mentira y después ellos tendrían que pedirle perdón a él. Al salir del inmueble iba circulando una patrulla de la PDI, deteniéndolos y contándoles lo sucedido formulándose la respectiva denuncia de los sucesos.

En las exposiciones de los testigos no se advierte falta de objetividad, en ese sentido, sus declaraciones son recogidas por el Tribunal como creíbles y útiles para formar convicción en el Tribunal, entregando antecedentes pertinentes que permiten tener por acreditado la existencia de los hechos punibles e incriminación del enjuiciado.

G.M.F.C dio cuenta del estado emocional de su hija al contar la agresión sexual sufrida y sus cambios a raíz del embarazo; a su vez su padre refirió que a la fecha de los hechos, su hija a sus 14 años era muy infantil; de todo lo cual se desprende que con el actuar del acusado rompió el ciclo de vida normal de la menor víctima.

4).- Atestados del Inspector de la PDI, **E.F.D.G**, quien señaló las diligencias efectuadas el 24 de marzo 2014. Tomó la denuncia a la víctima, C.P.R.F por el delito de violación, *relató que cuatro años atrás aproximadamente cuando tenía 14 años, fue violada en tres ocasiones en el transcurso de una semana y el autor del hecho fue un tío lejano, J.S.B.O.* Concurrió al domicilio del imputado ubicado en calle Elvira Werner N° 480 de La Unión, se trataba del sitio del suceso, un inmueble de dos pisos, en el patio posterior del mismo se encontraba un taller de bicicletas de 3 x 3 metros. En el marco de una orden de investigar el imputado manifestó su deseo de declarar, el 20 de mayo de 2014, señaló: *efectivamente mantuvo encuentros sexuales con la menor, y esto aconteció como cinco años atrás aproximadamente, indica esta menor a quien ubicaba y a todo su entorno familiar fue al domicilio como era su costumbre a pedir dinero, le dijo que si él le daba dinero ella podía hacer lo que él quisiera, una vez diciéndole eso, ella le exhibió sus pechos, él accedió y la llevó al taller de bicicletas donde le realizó tocaciones en sus pechos y genitales, dijo que no accedió carnalmente porque debido a su edad no logró*

erección. Sólo reconoció el imputado tocamientos de índole sexual. Luego señala, que 15 días después, la menor regresó a su domicilio haciéndole el mismo ofrecimiento, ante lo cual, él accedió y la llevó al mismo taller, ambos se desnudaron completamente, realizaron tocamientos en sus cuerpos y la menor frotó su vagina con su pene, no logró erección, pero sí eyaculó. No reconoció que hubo acceso carnal con la menor, sólo dos episodios de connotación sexual.

Se fijó fotográficamente el sitio del suceso. **El Ministerio Público le exhibe cuatro fotografías signada en la prueba material y otros medios de prueba del auto de apertura:** el testigo explica y detalla: fotografía N°1, da cuenta del domicilio del imputado J.S.B.O; fotografía N°2, el taller de bicicletas del acusado, está en el patio posterior del inmueble, detrás de la casa; fotografía N°3, ilustra el taller; fotografía N°4, se aprecia el mismo taller, una silla alta al interior. **Contrainterrogado por la Defensa:** declaró el imputado sin abogado defensor en la PDI, él asistió voluntariamente al Cuartel, señala que en las tres ocasiones admite él entregó dinero a la víctima, en cada ocasión le dio \$10.000. La tercera ocasión, se produce un año y medio después, se enteró por la madre de C.P.R.F que estaba embarazada, nunca sospechó de la paternidad, en ese tiempo recibió un llamado telefónico de la menor quien le hace el mismo ofrecimiento, quedan de juntarse en un local comercial de La Unión “El talquino” él la pasa a buscar en auto y la lleva a ella y a su bebé a un sitio erizado y C.P.R.F le practicó sexo oral y él se siente incómodo, se retira y le da dinero. En la declaración señala que conocía a todo el círculo familiar cercano de C.P.R.F de parte de su madre Guísela, indicó que antes que naciera C.P.R.F tenía contacto con la madre de ésta, incluso cuando C.P.R.F era pequeña, ambas visitaban su casa a pedirle dinero. C.P.R.F señala en la denuncia que mantuvo tres encuentros sexuales en una semana con el acusado.

El testimonio del funcionario de la PDI refrendan en lo esencial y nuclear los dichos de la víctima, al acoger su denuncia respecta a la época de los hechos, existencia de los mismos y develación de la identidad del acusado.

Por otra parte, escuchamos la declaración del encausado en sede investigativa, quien reconoció haber tenido encuentros sexuales con la víctima sin acceso carnal, es decir, reconoció simples abusos sexuales, dichos que son debilitados, carentes de objetividad e integridad, por ello se les restará valor de convicción de prueba, al no poder ser contrastados desde que el acusado en la audiencia de juicio oral guardó silencio; es más sus dichos fueron razonablemente destruidos con la prueba de cargo rendida, sin ser atendible la excusa vertida por su Defensa, en cuanto éste no declaró por encontrarse inestable emocionalmente.

Conjuntamente con este atestado, se ponderaron cuatro fotografías del sitio del suceso que reforzaron los dichos de la víctima correspondiendo exactamente a lo que ella describió y contextualizó en su declaración respecto al segundo episodio vivenciado.

5).- El Ministerio Público incorporó los siguientes documentos:

a).- Certificado de nacimiento de la víctima, da cuenta que nació el 13 de mayo de 1995, a la sazón de 14 años de edad, se indican los nombres de sus padres.

b).- Certificado de nacimiento del menor de iniciales A.A.R.R. nacido el 22 de agosto de 2010, nombre de la madre C.P.R.F.

c).- Informe Pericial Bioquímico N°253-2014 de fecha 16 de diciembre de 2014, suscrito por el perito químico Alejandro Lizama Alvarado del Laboratorio de Criminalística Regional de la PDI, Puerto Montt, acompañado conforme al artículo 315 inciso segundo del Código Procesal Penal.

Examen de ADN parental, a objeto de establecer si don J.S.B.O y doña C.P.R.F son, respectivamente, padre y madre biológicos del menor A.A.R.R. Descripción: el 31 de junio de 2014, se recibieron las muestras debidamente selladas, rotuladas y sus respectivas cadenas de custodia, y formulario único de solicitud pericial de ADN N°07776. 1.- NUE 1996685 con 02 sobres con las siguientes especies en su interior: 1.1.- una tarjeta FTA con manchas de sangre dentro de un sobre rotulado "C.P.R.F. 1.2.- Una tarjeta FTA con manchas de sangre, dentro de un sobre rotulado "A.A.R.R" 2.- NUE 1148238, un tubo con sangre líquida en su interior, rotulado" muestra de sangre para realización de examen comparativo de ADN perteneciente a J.S.B.O. Cabe destacar que las muestras antes signadas, son indubitadas con restos biológicos de origen humano. Operaciones practicadas y resultados: 1.- efectuado el procedimiento de extracción de ADN a partir de las muestras levantadas y evidencias descritas anteriormente; 2.- amplificación de las muestras detalladas en tabla anterior, mediante Reacción en Cadena de la Polimerasa. Luego se indica que de acuerdo a los resultados de la tabla anterior y los datos de frecuencia alélicas poblacionales existentes en ese Laboratorio se establece lo siguiente: El individuo de sexo masculino del cual se obtuvo la muestra asignada A.A.R.R. comparte al menos un alelo en los 15 marcadores genéticos analizados con el individuo de sexo masculino donante de la muestra asignada J.S.B.O, por lo que se infiere que este último es el padre biológico del individuo del cual se obtuvo la muestra asignada A.A.R.R. con una paternidad acreditada del 99,9999992%.

De los documentos anteriores, idóneos y no controvertidos, se infiere que la víctima al momento de ocurridos los hechos tenía 14 años de edad y tuvo un hijo el 22 de agosto de 2010; asimismo se acredita la probabilidad en grado altísimo de la paternidad del acusado respecto del menor de iniciales A.A.R.R, antecedentes coincidentes y se corresponden con los restantes medios de prueba analizados y en particular con el relato veraz, objetivo y creíble de la víctima C.P.R.F.

OCTAVO: Que realizado el análisis y la valoración de la prueba vertida en estrado, tal cual se adelantó en el veredicto, la unanimidad de estos sentenciadores considera que ésta ha sido capaz de destruir la presunción de inocencia que amparaba al acusado, permitiendo adquirir la convicción necesaria para tener por establecidos las proposiciones fácticas descritas en la motivación sexta, imputadas al acusado J.S.B.O. En efecto, el acceso carnal vía vaginal que el afectado realizó sin consentimiento y utilizando la fuerza en la persona de la afectada, se ha logrado acreditar mediante el relato de la víctima, C.P.R.F, quien expresó detalladamente la conducta ejecutada por su agresor sexual, forma y circunstancia en que se produjeron los hechos materia de la acusación; explicando que el acusado la tomó con fuerza de sus manos inmovilizándola, para luego introducir su pene en la vulva, y en la segunda ocasión, la sentó en una silla al interior del taller de bicicletas, sacándole el short y su calzón desplegando la misma acción al no encontrarse nadie al interior del inmueble. Señaló que producto de lo anterior, resultó embarazada, dando a luz a un hijo nacido el 22 de agosto de 2010. Indicó a quién develó los ilícitos y dinámica en que se produjo el descubrimiento. El relato base de la víctima fue replicado en la audiencia por su madre G.M.F.C, a quien finalmente develó los sucesos; dando cuenta de las consecuencias que debió enfrentar la víctima y cómo conocía al encartado. Por los dichos de Guísela se enteró el padre de la víctima, E.O.R.J, que su hija estaba embarazada y que el padre era J.S.B.O. Respecto de las diligencias practicadas en el marco de la investigación, esto es, concurrencia al sitio del suceso, declaración de la denunciante y del acusado, prestó declaración el funcionario de la PDI, E.F.D.G.

Que en relación al embarazo de la ofendida y nacimiento de su hijo producto de la agresión sexual, se acredita fundamentalmente con los dichos de C.P.R.F y apoyada por prueba científica de ADN, incorporada conforme al artículo 315 del Código Procesal Penal, suscrito por el perito Químico, Alejandro Lizama Alvarado, pericia que arrojó de acuerdo a los perfiles genéticos obtenidos de las muestras del presunto padre, de la

víctima y del hijo, estableciéndose la probabilidad de paternidad biológica del acusado en un 99,9999992% respecto del menor nacido el 22 de agosto de 2010, conforme al certificado de nacimiento del menor A.A.R.R., unido al de la víctima C.P.R.F., nacida el 13 de mayo de 1995, a la sazón de 14 años de edad.

La totalidad de los elementos de convicción aportados al juicio orientan de modo altamente probable al establecimiento de los hechos y participación del acusado reseñados en esta sentencia. En este sentido, la prueba ha permitido sostener la hipótesis acusatoria pues la versión de la ofendida ha resultado corroborada por la declaración de sus padres, el funcionario policial que diligenció la orden de investigar, prueba documental en sintonía con los hechos acreditados y fundamentalmente prueba pericial científica de ADN con un altísimo grado de probabilidad, determinando paternidad del hijo de la víctima y de acuerdo al tiempo de gestación, esto es, ocho meses coincidiendo plenamente con la época de la segunda agresión sexual sufrida por C.P.R.F. Raimilla por parte del encausado.

Los señalados antecedentes de prueba y convicción permiten descartar cualquier inconsistencia en la versión inculpativa sostenida por la afectada ni menos estar inoculada por terceras personas, para acusar al acusado y formular denuncia en su contra por un hecho tan grave, muy por el contrario, ha quedado demostrada palmariamente la fuerza ejercida por J.S.B.O para concretar el acceso carnal sin consentimiento de la víctima, desde que la teoría alternativa levantada por la Defensa, según ya se ha explicado, no aparece respaldada por prueba alguna y por el contrario desvirtuada por la prueba de cargo. En contra lo señalado por la víctima, quien ha aportado un certero y unívoco reconocimiento de quien fuera su agresor, corroborado en la audiencia por testigos que cumplen con la objetividad necesaria para ser estimados creíbles, unido a las fotografías que ilustraron el sitio del suceso referido por la afectada y que coinciden con lo descrito por ésta, de tal suerte que se ha podido establecer la participación del acusado, asimismo, a través de indicios verosímiles, posibles, múltiples, independientes y concordantes en la construcción de una hipótesis conclusiva que corroboró en lo sustancial y esencial a reforzar la versión de la afectada.

Los delitos sexuales son ejecutados por regla general en la intimidad y sin presencia de testigos, circunstancia que complejiza un tanto el contexto probatorio que naturalmente debe enfrentar el Tribunal, resultando la declaración de la víctima valiosa a la hora de reunir la suficiencia probatoria, para posteriormente acreditar la existencia de las agresiones sexuales que desplegó el acusado. En este juicio tal elemento ha resultado vital y esencial, relato sobre el cual se logró construir la teoría acusatoria, la que fue refrendada por prueba científica acreditando el acceso carnal. En síntesis, la prueba de cargo ha sido coherente, consistente, fiable y armónica en cuanto a la comprobación de los hechos contenidos en la acusación como también de la participación que en aquéllos le correspondió al acusado en los términos señalados, en especial del relato de la víctima que ha ponderado en esta sentencia.

NOVENO: Que los hechos que se han tenido por acreditados reseñados en el motivo séptimo y octavo que anteceden, permiten dar por configurado, más allá de toda duda razonable, el delito reiterado de violación, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 361 N°1 del Código Penal, pues se acreditaron los elementos fácticos y presupuestos jurídicos del hecho punible, cometido en fechas no determinadas en el período que media entre fines del año de 2009 y comienzo del año 2010, al interior del domicilio del encartado, ubicado en calle Elvira Werner N° 480 de la ciudad de La Unión y al acusado J.S.B.O, le ha correspondido participación de autor en los términos señalados en el artículo 15 N°1 del cuerpo de leyes citado, al haber desplegado su actuar teniendo como único fin acceder carnalmente con su pene la vulva de la ofendida mediando fuerza en la persona de la víctima a la sazón de 14 años de edad, con el objeto

de doblegar su voluntad y así concretar su designio criminal, dando inicio a la ejecución del hecho por actos directos e inmediatos, consumándolos en definitiva.

La participación culpable del acusado, fue acreditada principalmente con los dichos de la víctima, quien sindicó directamente al acusado como su agresor sexual, siendo refrendada por pericias comparativas de ADN dando cuenta de la paternidad del acusado respecto del hijo de la afectada, nacido el 22 de agosto de 2010.

DÉCIMO: Que la Defensa solicitó la absolución del acusado por cuanto la víctima habría prestado consentimiento para mantener relaciones sexuales, *tesis que fue desestimada* por encontrarse debidamente acreditada la concurrencia en la especie, de cada uno de los elementos reseñados en el numeral 1 del artículo 361 del Código Penal, delito por el cual Fiscalía acusó, sin que se hubiere generado en estos sentenciadores, duda razonable en cuanto a la existencia del mismo o la participación, habiéndose establecido la culpabilidad del acusado en los hechos, y por ende superada la presunción de inocencia que lo amparaba, logrando toda la prueba de cargo el estándar de convicción requerido en materia penal.

Lo anterior se refrenda, teniendo presente la ya señalada prueba de cargo y la ausencia completa de prueba en contrario para sostener la plausibilidad del sustrato fáctico que propone la Defensa, como quiera que únicamente cuenta para ello con la versión entregada por el acusado en sede policial, factor en extremo frágil si se enfrenta a los elementos de convicción condenatorio anteriormente expuestos.

UNDÉCIMO: Audiencia prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal.

Fiscalía: incorpora el extracto de filiación y antecedentes del acusado para reconocer la atenuante de irreprochable conducta anterior del acusado contenida en el artículo 11 N°6 del Código Penal, sin anotaciones. A juicio del Ministerio Público, teniendo presente el carácter reiterado del delito de violación, es aplicable el 351 del Código Procesal Penal y disposiciones pertinentes, el marco de pena a aplicar parte de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo a 15 años de presidio mayor en su grado medio y aumentado en un grado, mantiene la petición de pena de diez años y 1 día de presidio mayor en su grado medio, accesorias del artículo 28 del Código Penal, registro de huella genética y costas de la causa.

Defensa: hizo comparecer a la perito **Lorena Favereau Urquiza**, asistente social, realizó un peritaje social a J.S.B.O, mantiene domicilio en la ciudad de La Unión. Conclusiones: adulto mayor de 75 años, mantiene un matrimonio cerca de 40 años, nacieron tres hijos adultos, habiendo una hija anterior de su mujer, todos criados bajo el mismo núcleo parental. Tiene un historia de vida un poco triste, quedó huérfano a los 10 años y lo cría una tía, por desavenencias con este grupo familiar nuevo, se retira del hogar, desempeñándose en varios oficios, colabora activamente con damnificados del terremoto del año 1960, trabajaba en un aeródromo, como niño de mano, aprendiendo el oficio, recibe apoyo de otros adultos desempeñándose finalmente como carnicero culminando su vida laboral como chofer de la locomoción colectiva, jubilando hace unos 10 años. A los 30 años contrae matrimonio, compran una casa actualmente ya pagada en un barrio residencial de La Unión. Tiene cercanía con una hermana de Concepción. Dos hijos viven en La Unión, uno trabaja en Puerto Montt y otra hija es Contadora en la ciudad de Osorno. Esta hija menor hace de vínculo con el medio, es el apoyo más cercano, la casa está a su nombre teniendo el usufructo ellos hasta su muerte. Su señora es una activa participante católica de la Capilla del sector a cargo del Padre Pablo Fontaine; ambos participan en la comunidad. A raíz de la actual acusación se traduce en una crisis personal, el padre de la Iglesia ha sido el gran apoyo en esta etapa para contener la crisis emocional que significa estar imputado en una causa como esta. Matrimonio estable sin antecedentes disfuncionales familiares relevantes. En términos técnicos presentan

condición de pobreza, pero cuentan con suficientes bienes que le permite llevar un buen vivir, cómoda sin grandes necesidades económicas. Muy cuidado el entorno, denota bastante preocupación de parte de ambos cónyuges, tienen espacio para recibir a sus familiares, casa acogedora, refieren conocen a sus vecinos desde el principio de la urbanización del sector.

Incorpora la Defensa la siguiente prueba documental: **a).**-certificado médico psiquiátrico, inicia tratamiento desde el 10 de julio de 2015. Diagnóstico: episodio depresivo severo, trastorno por estrés post traumático. Actualmente en tratamiento psicopedagógico en CESFAM de La Unión y farmacológico psiquiátrico con Sertralina y Clonazepan debiendo continuar con controles médicos de manera seriada por el tiempo que se requiera hasta que remita de manera considerable su sintomatología; **b).**-un informe médico del 20 de abril de 2016, paciente en control en Hospital de La Unión policlínico de Urología, diagnóstico: Uropatía Obstructiva baja, fue intervenido quirúrgicamente el día 11 de mayo de 2015 de Adenoma de Próstata con buena evolución posterior. Firma ilegible Dr. Matías Westendarp. Urólogo; **c).**- Certificado de la Municipalidad de La Unión la médico cirujano, Bernardita Lizana Pérez, con fecha 15 de abril de 2016 certifica que J.S.B.O RUT 4.621.449-8 presente el siguiente diagnóstico: Diabetes Millitus Dislipidemia. Trastorno ansioso depresivo.

Respecto a la prueba pericial rendida y documental incorporada en esta audiencia, estos sentenciadores no les darán valor de convicción y prueba alguna, por resultar del todo irrelevantes para el fin pretendido por la Defensa, considerando especialmente el razonamiento de los Jueces como se señalará más adelante y quedará plasmado en lo resolutivo del fallo.

En cuanto a las alegaciones de fondo: señala que le favorece a su patrocinado la atenuante del artículo 11 N°6 del Código penal y pide se acoge la minorante contenida en el artículo 11 N°9 del mismo cuerpo de leyes, así quedó patente en el juicio con la declaración del inspector de la PDI, Eduardo Salgado quien señaló que su defendido prestó declaración, concurrió voluntariamente al Cuartel de la policía, si bien entrega una dinámica de una relación sexual consentida, desde el comienzo reconoce encuentros sexuales con la víctima, y permitió se tomaran examen para ADN en forma voluntaria. Todo ello implica una colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, que aliviana la carga probatoria de la Fiscalía; a pesar que no ha declarado en juicio, se debe a la situación de inestabilidad emocional de su patrocinado. Como petición principal, habiendo dos circunstancias atenuantes, solicita se rebaje la penalidad en dos grados y se imponga la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, sanción adecuada en atención al mérito de los antecedentes, la extensión del mal causado dada la edad de la víctima al momento de los hechos. Como solicitud subsidiaria se califique la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal y se rebaje en un grado la pena y se condene a 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo. Atento la normativa vigente al momento de los hechos, pide se otorgue el beneficio de libertad vigilada, con el testimonio de la perito y documental incorporada, tiene 75 años, edad avanzada, tiene redes sociales y familiares.

Réplica de la Fiscalía: respecto de la prueba rendida por la Defensa en esta audiencia unido a la petición principal, la prueba no reúne el estándar suficiente para entender que pudiera obtener una rebaja de dos grados y llegar a la pena que pretende la Defensa; no se dan los elementos para configurar la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Punitivo, ha reconocido que no prestó declaración en juicio, conocimos su relato a través del funcionario policial, independiente de la forma en que el Tribunal tomó conocimiento de la versión del encausado, existen dos elementos imposibles de sustraer, primero, en esa declaración inicial deslinda toda participación de acceso carnal, reconoció encuentros sexuales con la menor víctima siempre negó lo primero, segundo, el veredicto

arribado por el Tribunal, es a través de la prueba de cargo que llega a condenar al acusado, no por elementos propios aportados por el imputado; hubo ausencia de prueba para contrarrestar la prueba de Fiscalía y así levantar la teoría del consentimiento. Respecto a calificar la atenuante de irreprochable conducta anterior del acusado, no solo existe el extracto de filiación y antecedentes sin anotaciones, tampoco existen antecedentes que den cuenta de algún reproche al ordenamiento jurídico penal, pero no basta para entender la atenuante de muy calificada, no la ha acreditado la Defensa, no existen situaciones extraordinarias en la vida del acusado que den cuenta de aquello.

Réplica de la Defensa: parte de la prueba de cargo efectivamente se obtiene con la declaración del acusado ante la policía y el peritaje de ADN voluntario. En cuanto a la petición subsidiaria, su representado es una persona de 75 años de edad, con participación activa en la Iglesia Católica, sin inconvenientes en su vida; además se hizo cargo de una hija de su cónyuge, circunstancias importantes para calificar su conducta.

DUODÉCIMO: Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

1).- Que se acoge la atenuante de irreprochable conducta anterior contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal reconocida por el Ministerio Público e invocada por la Defensa, conforme al mérito del extracto de filiación y antecedentes del acusado J.S.B.O, en que consta que carece de anotaciones prontuariales anteriores, al tratarse de una circunstancia objetiva, legalmente acreditada por medio del documento público referido.

Siendo facultad privativa, estos sentenciadores, procederán a calificar la atenuante de irreprochable conducta, teniendo únicamente presente que el acusado ha pasado más de medio siglo sin trasgredir el ordenamiento jurídico vigente manteniéndose incólume sin cometer ilícitos; recordemos que el acusado es un adulto mayor, nació el 12 de noviembre de 1940 y a la fecha de los sucesos delictuales por los cuales se juzga, tenía 69 años de edad, permitiendo en forma excepcional calificar su conducta al tenor del artículo 68 bis del Código Penal, estableciéndose en el caso concreto así una pena proporcional a la envergadura de los hechos ilícitos y considerando especialmente la avanzada edad del sentenciado, que lo mantendrá no obstante privado de libertad de modo efectivo.

2).- Que respecto a la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, el Tribunal es de opinión rechazar la citada minorante, toda vez que no se dan los presupuestos de sustancialidad para hacer lugar a ella, desde que los elementos de prueba aportados por el ente acusador, han demostrado que la declaración prestada en sede investigativa no constituyó un aporte relevante al esclarecimiento de los mismos, pues entregó una dinámica de los hechos distinta negando en definitiva el acceso carnal a la víctima y refiriendo consentimiento de parte de esta última. Los elementos de convicción que Fiscalía recabó durante la investigación ha podido sostener y acreditar tanto los hechos constitutivos del delito de violación reiterada así como la participación que en calidad de autor que le correspondió al enjuiciado y circunstancias que rodearon al ilícito.

La atenuante en comento, requiere la entrega de antecedentes que permitan guiar y acotar la investigación, y, la prueba rendida, impide su ponderación a fin de establecer la sustancialidad para el esclarecimiento de los hechos que requiere para su procedencia, sumado a que el acusado no prestó declaración en el juicio oral.

DÉCIMO TERCERO: En cuanto a la pena aplicable en la especie, se estará a las siguientes reglas:

1).- El delito de violación previsto en el artículo 361 N° 1 del Código Penal, está sancionado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

2).-Estamos en presencia de un delito en carácter de reiterado y conforme a lo establecido en el artículo 351 del Código Penal, siendo más favorable al acusado, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones estimadas como un solo delito, aumentándola en un grado, correspondiendo aplicar el presidio mayor en su grado medio.

3).-Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, favorece al acusado una circunstancia atenuante de responsabilidad criminal muy calificada, con ello es procedente de conformidad a lo dispuesto en el artículo 68 inciso tercero y 68 bis del Código Penal, rebajar en un grado la pena que se determine aplicar por la ley, quedando radicada en presidio mayor en su grado mínimo.

4).-Al aplicar la pena al acusado se tendrá presente la extensión del daño causado, conforme al artículo 69 del Código Penal, en atención que se trata de una agresión que afecta la libertad sexual, bien jurídico de carácter personalísimo, la víctima tenía 14 años y producto de la relación no consentida mantenida con el acusado, nació un hijo el 22 de agosto de 2010.

DÉCIMO CUARTO: Que atendido el quantum de la pena que se impondrá al acusado J.S.B.O, no es acreedor de ninguno de los beneficios establecidos en la Ley N° 18.216, vigente a la época de los hechos, conforme se indicará en lo resolutivo del fallo.

Por estas consideraciones, y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 1, 3, 7, 14 15 N°1, 18, 24, 25, 28, 45, 50, 68, 69, 361 N°1, y 372 inciso primero del Código Penal; artículos 45, 295, 296, 297, 325 y siguientes, 340, 342, 343, 344 y 348 del Código Procesal Penal, Ley N° 19.970 y Ley N°18.216, **SE DECLARA:**

I.- Que se **condena** al acusado **J.S.B.O**, cédula de identidad N°4.621.449-8, ya individualizado, a sufrir la pena de **CINCO AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, se condena, además, a la pena de interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designe y, a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal, consistente en informar el domicilio actualizado a Carabineros, cada tres meses, no pudiendo cambiarlo sin dar aviso previo de ello con, al menos, tres días de anticipación; y al pago de las costas del procedimiento, como autor del delito de violación, en grado consumado y en carácter de reiterado, en la persona de C.P.R.F a la sazón de 14 años, previsto y sancionado en el artículo 361 N°1 del Código Penal, cometido en fechas no determinadas en el período que media entre fines del año de 2009 y comienzo del año 2010, al interior del domicilio del acusado, emplazado en calle Elvira Werner N° 480 de la ciudad de La Unión de esta jurisdicción.

II.- Que no concurriendo los requisitos contemplados en la Ley 18.216, no se hace acreedor el sentenciado de ninguno de los beneficios alternativos a la pena impuesta contemplados en la Ley N°18.216, vigente a la época, sin modificaciones de la Ley N° 20.603, por lo que deberá cumplir real y efectivamente la pena impuesta, sirviéndole de abono 467 días que estuvo privado de libertad con motivo de esta causa desde el 09 de marzo de 2015 a la fecha de este fallo, quien ha estado bajo la medida cautelar de arresto domiciliario parcial entre las 08:00 y 20:00 horas cada día, según aparece del auto de apertura y carpeta virtual, debiendo adicionarse los días hasta que el presente fallo se encuentre ejecutoriado.

III.- Que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 17 de la Ley N° 19.970 sobre Sistema Nacional de Registros de ADN, determínese la huella genética del condenado,

previa toma de muestras biológicas e inclúyase en el Registro de Condenados. Ofíciase al efecto y procédase conforme al Capítulo III de dicha ley.

Devuélvase la prueba documental acompañada a la presente causa, a quien la presentó.

Redactada por la magistrado doña Cecilia Samur Cornejo.

No firma la presente sentencia el magistrado don Ricardo Aravena Durán por encontrarse en Comisión de Servicios.

Regístrese, comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de La Unión para su cumplimiento. Hecho, archívese.

RIT 54- 2016

RUC 1400 309 223-3

7. Tribunal Oral de Valdivia condena a imputada por el delito de microtráfico y acoge la recalificación pedida por la defensa contra la acusación hecha por el Ministerio Público. (TOP de Valdivia 06.06.2016 Rit 50-2016)

Normas Asociadas: L20.000 ART. 3; L20.000 ART. 4; CP ART. 11 N°9.

Temas: Ley de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; Circunstancias atenuantes de la Responsabilidad Penal.

Descriptor: Tráfico ilícito de Drogas; Microtráfico; Recalificación del Delito; Colaboración substancial al esclarecimiento de los hechos.

Delito: Microtráfico

Defensor: Pamela González Vásquez

Magistrados: Ricardo Aravena Durán, Gloria Sepúlveda Molina y Cecilia Samur Cornejo.

SÍNTESIS: Segunda Sala del TOP de Valdivia condena a imputada por delito de microtráfico acogiendo recalificación sostenida por defensa en desmedro de la acusación por el delito de tráfico. El Tribunal consideró: (1) deberá considerarse particularmente la cantidad de la sustancia incautada alrededor de 160 gramos, según lo informado por los testigos y documentos acompañados y, si bien la pureza de la droga resulta ser de un 60%, dato relevante, sin embargo, este antecedente por sí sólo no resulta suficiente al no estar apoyado por otros elementos de prueba objetivos y fiables y así poder determinar irrefutablemente que estamos frente a la figura de tráfico contenida en el artículo 3 en relación al artículo 1° de la ley 20.000. Todo lo demás forma parte de simples conjeturas de las cuales no podemos inferir la figura penal recién citada, sin antes trasgredir el principio de proporcionalidad que inspira nuestro sistema judicial penal; la pureza de la sustancia por sí sola no resulta concluyente en concepto de estos sentenciadores, por tanto dicha droga no puso en peligro o serio riesgo la salud del grupo social, sin que se pudiera establecer que la droga mantenida y portada por la acusada estaba destinada a ser entregada a grandes traficantes o a variados consumidores de esta ciudad (2) Se suman como antecedentes del caso en particular la circunstancia que no fue encontrado en poder de la acusada sumas de dinero, tampoco se encontraron especies en su domicilio- pues ninguna diligencia investigativa se realizó al respecto- que orientaran al Tribunal a estimar la calificación jurídica referida por el ente acusador, en orden a que las sustancias incautadas tuvieran como destino un tráfico a gran escala o a múltiples destinatarios finales (3) Cabe señalar que un correcto análisis de la norma en estudio implica considerar que ella pretende establecer precisamente un marco diferenciado de penas para aquellas conductas que lesionan gravemente el bien jurídico protegido por el tipo penal y aquellas conductas menos lesivas para éste, estimando estos Jueces que en la especie nos encontramos en la última hipótesis. (Considerando 11).

TEXTO COMPLETO

Valdivia, seis de junio de dos mil dieciséis.

VISTOS, OIDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que ante la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, se celebró la audiencia del juicio oral en los antecedentes **RIT 50-2016 RUC 1400 196 554-K** seguidos en contra de **P.M.R.R.**, cédula de identidad N°xx.xxx.xxx-x, nacida el 16 de diciembre de 1974, 41 años, viuda, asesora de hogar, domiciliada en Población Yáñez Zabala, Pasaje 1 E, N° 2682 interior, Valdivia, quien estuvo presente durante toda la audiencia.

La parte acusadora, el Ministerio Público, estuvo representado por la Fiscal don Gonzalo Valderas Aguayo. La Defensa del acusado la asumió la Defensora Penal Pública doña Pamela González Vásquez. Ambos intervinientes observan domicilio y forma de notificación ya registrados en el Tribunal.

SEGUNDO: Que el **Ministerio Público**, en el **alegato de apertura**, sostuvo su acusación en los términos indicados en el auto de apertura en contra de la acusada por estimarla **autora**, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, del delito de **tráfico ilícito de drogas**, previsto y sancionado en el artículo 3 en relación al artículo 1 de la Ley 20.000, en grado de consumado. Funda su libelo acusatorio en los siguientes hechos: *“En Valdivia, el día 24 de febrero de 2014, la Brigada Antinarcóticos obtuvo información referida a que la acusada P.M.R.R. habría adquirido una cantidad indeterminada de droga en la ciudad de Santiago a un proveedor, que le sería enviada a Valdivia mediante encomienda a través de la empresa Chilexpress.*

Por lo anterior, personal policial montó un punto de vigilancia en la sucursal de la mencionada empresa ubicada en Avda. Ramón Picarte N° 431, de esta ciudad, observando alrededor de las 17:20 horas que llegó al lugar la acusada, quien procedió a retirar una encomienda consistente en una caja, proveniente de la ciudad de Santiago, dirigido a “P.M.R.R.”, la cual le fue entregada, instantes en que el personal policial efectuó un control de identidad a la acusada.

La acusada accedió de forma voluntaria a la apertura de la encomienda, encontrando en su interior un pantalón de vestir de variados colores que mantenía en sus bolsillos delanteros, dos envoltorios de papel aluminio, uno de ellos con cinco bolsas de nylon contenedoras de 88,85 gramos bruto de cocaína base, y el otro envoltorio mantenía en su interior otras cinco bolsas de nylon con 86,50 gramos bruto de cocaína base.

La droga incautada era mantenida, guardada, poseída y comercializada por la acusada a terceros, sin la autorización competente y sin que dichas drogas estuvieran destinadas para el tratamiento médico ni para el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo de la misma.

Solicita Fiscalía, en virtud de los hechos expuestos, se condene a la acusada a la pena de 7 años de presidio mayor en su grado mínimo, multa de 100 Unidades Tributarias Mensuales (UTM), accesorias del artículo 28 del Código Penal durante el tiempo de la condena, pago de las costas del procedimiento, comiso de las especies incautadas, registro de la huella genética de conformidad a lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 19.970, para lo cual pide tener en consideración que no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que considerar.

Fiscalía señaló los medios de prueba que rendirá en el desarrollo del juicio y con ellos acreditará los hechos y participación de la acusada. Declararán los funcionarios de la Brigada Antinarcóticos, darán cuenta del procedimiento y antecedentes de que disponían,

las acciones desplegadas, vigilancia efectuadas y la forma que constataron la encomienda dirigida a nombre de la acusada, control de identidad realizado a esta última; hallazgos encontrados al interior de dicha encomienda; informarán sobre diligencias: pesaje y prueba de campo de la droga; lo anterior complementado con fotografías que se exhibirán y prueba pericial de análisis químico e informe sobre efectos de peligrosidad de la cocaína base; y diversos documentos vertidos en distintas etapas de la investigación; probanzas todas que logrará la convicción en el Tribunal, más allá de toda duda razonable, de que los hechos deben ser calificados tal cual se plasmaron en la acusación fiscal.

En su **alegato de clausura**, una vez rendida la prueba, se acreditó, más allá de toda duda razonable, la existencia de los hechos, esto es, la acusada P.M.R.R. recibió la encomienda y en su interior contenía 10 bolsas de cocaína base con los pesos brutos arrojados según exposición de los testigos, y no varió al peso neto fijado por el Servicio de Salud de Valdivia, la droga tenía una pureza del 60%. También se acreditó la participación de la acusada.

En cuanto a lo controvertido, esto es, una eventual recalificación a micro tráfico, estima que se acreditaron las contradicciones de la acusada al momento de prestar la declaración en estrados y ante Fiscalía, el 02 de julio de 2014, en juicio ella dijo que era una especie de mensajera y sólo le iban a pagar por recibir esta encomienda y entregarla a las personas que le hicieron el encargo; lo cierto es que se acreditó mediante los ejercicios de superar contradicciones, lo declarado ante el Ministerio Público no era exactamente lo mismo, en un primer momento intentó señalar, esto habría sido debido a presión de los detectives, luego reconoció quedando demostrado que no hubo presencia de estos funcionarios en su declaración, no hubo firmas de detective alguno en su relato; asimismo manifestó que pudo ser mal entendida y al pedírsele que explique qué fue lo que el Fiscal entendió mal, tampoco supo señalar la confusión en lo consignado en su declaración. En aquella oportunidad la acusada refirió claramente que la droga se la envió una mujer llamada "Yita", pidiéndole le remitiera la droga "a pulso", es decir, sin plata y ella la pagaría con la venta de la droga; la compraba a \$50.000 y la vendería a \$70.000; además, refiere que antes que llegaran las bolsas con droga, ella la fue a ofrecer a la familia de los "Petecos", se la entregaría para obtener las utilidades de \$20.000 por cada bolsa, evidentemente no alcanzó a materializar la venta, pues la droga fue incautada antes de su comercialización, ello se contradice con lo depuesto en audiencia; se ha intentado por la Defensa presentar a la encartada como una persona en estado de necesidad tal que estaba en condiciones de hacer sólo este encargo de llevar estas sustancias y cobrar por el servicio de mensajería; eso no fue así; además, no se rindió prueba alguna acerca de la supuesta carencia económica, se cuenta sólo con dichos de la imputada. No hubo comercialización de la droga, porque se produjo la oportuna incautación de la misma, de lo contrario, iba a ser vendida y distribuida en nuestra ciudad.

En relación a la pureza de la droga, según la Defensa para calificar los tópicos por micro tráfico, explica, no es una pureza menor, el Inspector de la PDI, I.J.Z.V., señaló que lo habitual es que la droga arroje un porcentaje de pureza 20 a 30 por ciento, en algunos casos un poco menos; 60% no es una pureza habitual para la cocaína base que llega a Valdivia, claramente no es un elemento para estimar que la cantidad de droga sería menor, teniendo presente la lógica, esta sustancia no puede descomponerse, separar la parte pura de la inocua.

Respecto a la cantidad de la sustancia, son más de 160 gramos netos por lo que no es menor, es una gran cantidad, habida consideración a las dosis que pueden obtenerse en la venta al detalle o menudeo;

Termina diciendo el Fiscal, ninguno de estos elementos pueden configurar el tráfico en pequeñas cantidades, figura residual respecto al delito de tráfico del artículo 3°

de la Ley.

Durante la **réplica**, hizo presente que la Defensa ha variado su argumentación en relación a los alegatos de apertura, en esa ocasión, señala que uno de los elementos que debiera tenerse presente para la eventual recalificación, era la cantidad; ahora son las posibles personas afectadas por este hecho, lo que resulta irrelevante, ya que puede suceder que una sola persona compre toda la droga y no varía la cantidad de droga que portaba la acusada o cada dosis sea comprada por una persona.

TERCERO: Que la teoría de la **Defensa** de la encartada en su **alegato de inicio**, consiste en solicitar al Tribunal recalifique el delito por el de micro tráfico, considerando que el legislador penal no ha establecido qué debe entenderse por tráfico en pequeñas cantidades, entregando la decisión al Tribunal, éste es quién debe determinar cuándo estamos en presencia de este ilícito, atento a la prueba que se rendirá, teniendo presente la cantidad y pureza de la droga, circunstancias en que fue incautada la sustancia prohibida, no hubo comercialización ni distribución a terceras personas; unido a las circunstancias personales de su representada, hacen creer a la Defensa que no estamos frente al delito descrito y sancionado en el artículo 3° de la Ley N°20.000, sino del artículo 4° de la citada ley.

En su **alegato de cierre**, señala que discrepa del Ministerio Público, por cuanto los funcionarios de la PDI no estaban investigando a su patrocinada, sino a una persona de Santiago quien enviaba la droga; eso no se consignó en los informes policiales de esta causa. La policía escuchó a la propia persona que iba a remitir la droga el nombre a quién la enviaría y recibiría la encomienda. La acusada no era conocida como traficante ni mini traficante de drogas. Se habló de escuchas telefónicas, ninguno de los policías pudo determinar que en éstas participaba la imputada, entonces, no podemos determinar si es cierto o no lo que declaró en juicio y en Fiscalía P.M.R.R.. El Ministerio Público, no se molestó en averiguar alguna línea investigativa al respecto. A la policía y Fiscalía le bastó encontrar a la imputada con una encomienda con droga, sin importarle para quien estaba destinada, si era para venderla a los "Petecos" o al menudeo; no se molestó en investigar más. La experiencia y la lógica nos dice que cualquier micro traficante primero recibe las bolsas en contenedores más amplios y después dosifica en papelillos. Respecto a la figura residual en la ley de Drogas, es el consumo y el tráfico en pequeñas cantidades, figura creada por el legislador penal al modificar la Ley de Drogas, debido a bastantes injusticias por grandes condenas tanto para pequeños y grandes traficantes de drogas, pero no se molestó en dar herramientas para determinar qué entendemos por grandes y pequeñas cantidades de droga, quedando entregada a la discreción judicial. Es importante establecer que, por ejemplo, en Valdivia, no hay pocos procedimientos de drogas, tampoco existe una equivalencia jurisprudencial para determinar la cantidad de droga para distinguir entre tráfico o micro tráfico; en el norte del país, se considera microtráfico hasta medio kilo de pasta base. En Valdivia somos aproximadamente 150.000 habitantes, la droga podría estar destinada a unas 800 personas equivalente a menos de 10% de la población, sin considerar que las personas que compran pasta base, generalmente no adquieren una sola dosis sino aproximadamente entre 04 a 05 dosis, por lo tanto, los destinatarios finales de esta cantidad de droga, serían unas 400 personas o menos, es decir, menos del 5% de la población de Valdivia. ¿Podemos concluir que estamos ante una gran cantidad de drogas y va a producir una gran afectación a gran cantidad de personas de la población? No estima la Defensa; más aún cuando ni siquiera se ha concretado la afectación al bien jurídico protegido, recordemos, estamos ante una posesión de droga sin antecedentes seguros de comercialización de la misma.

Reseña criterios jurisprudenciales de este Tribunal, RIT 71-2014, micro tráfico y a los imputados le encontraron 240 gramos de droga entre marihuana y pasta base; RIT 123-2011, RIT 92-2010, mismo criterio aplicado en el RIT 453-2010 del TOP de Santiago.

La situación social de su representada es relevante a la hora de determinar si estamos en presencia de una persona que hace de su negocio, de su haber y su patrimonio, el tráfico. Su defendida no tiene el perfil de traficante ni de narco traficante, es una mujer de escasos recursos económicos, trabaja haciendo aseo; en ese tiempo, vivía en una pieza en un campamento, sin ningún lujo y dijo, el dinero lo utilizaba para comprar mercaderías, ni siquiera para comprar otro bien más exclusivo; en situación excepcional la acusada admitió recibir la droga para entregársela a otra persona y ganar \$100.000. Calificar como tráfico considerando que la misma pena se aplica a un sujeto que trafica 10 Kilos o 01 o 03 Kilos de pasta base o marihuana, no es justo ni proporcionado.

Replicó la Defensa, estima que la cantidad de droga está directamente relacionada con las personas a quien está destinada la droga, a ellos se refirieron las policías.

CUARTO: Que en presencia de la abogada defensora, la acusada P.M.R.R., fue debida y legalmente informada de los hechos constitutivos de la acusación y advertida de sus derechos y de lo dispuesto en el artículo 326 del Código Procesal Penal, manifestó su voluntad de declarar, renunciando a su derecho a guardar silencio y exhortada a decir verdad expuso:

Efectivamente fue a recoger la encomienda, sabía qué contenía. Pasaba por una mala situación económica y la contactaron, le iban a cancelar una determinada cantidad de dinero por recibirla y usar su nombre y retirar la encomienda. Un par de meses atrás había fallecido su marido. Había obtenido un proyecto FOSIS, estaba trabajando, pero como tiene antecedentes por hurtos, la PDI un día la fiscalizó y le quitaron las especies que llevaba al interior de una maleta. Señala que contactada por estas personas accedió a tal hecho. **Consultada por Fiscalía:** sabía que la encomienda contenía bolsas con pasta base de cocaína, sin saber la cantidad, tampoco consultó. Le iban a cancelar la droga en Valdivia, depositar en su cuenta RUT, sólo por recibir la encomienda. El destinatario final de la droga, eran "los Petecos", conocidos como traficantes o micro traficantes, no lo sabe bien. Le dijeron que una mujer mandaría droga, una tal "Yita", se contactó con ella, antes de enviarle la encomienda, diciéndole que estuviera tranquila, no le pasaría nada, pasaría "piola" y acá le cancelarían. No entregó, ni iba a entregar después dinero a la tal "Yita". Era una especie de mensajera; debía recibir la encomienda, luego la llamarían para entregarla. Ella iba a recibir entre \$60.000 a \$70.000. Ellos cancelarían el dinero una vez recibida la encomienda. No es efectivo que iba a vender esta droga. Recuerda que prestó declaración en Fiscalía sobre los hechos, allí dijo que ella había hecho los contactos con la mujer en Santiago y quien le iba a pagar a la tal "Yita" eran "los Petecos", a ellos le iba entregar la droga. No sabe cuándo le iban a pagar si antes o después de la entrega de la droga. ¿En aquella declaración señaló que había hecho el trato para que la venta de la droga fuera "a pulso"?, ese día declaró en Fiscalía que había hecho el trato, explicando, había venido dos veces al Ministerio Público, en la segunda ocasión declaró, ese día estaba la PDI y le exigían entregara antecedentes y tuvo que declarar en ese sentido. Haciendo el ejercicio del artículo 332 del Código Procesal Penal, *para evidenciar contradicciones*, declaración del 02 de julio de 2014, reconoce su firma, *señala, no aparecen firmas de dos detectives*. Evidencia contradicción en cuanto al trato arribado; lee la acusada: *"la droga se la envió una mujer que le decían "Yita", vive en el paradero 39 de Santa Rosa, Población El Castillo, hicieron el contacto por teléfono y yo le expliqué que había quedado viuda, no tenía plata y le pidió si le podía enviar droga a "pulso" que significa sin plata, porque yo no tenía plata, eso significa que ella mandaba la droga sin que le pagara nada, "Yita" le dejaba la bolsa a \$50.000 para que ella pudiera vender acá en \$70.000"*. Le exhibe Fiscalía otro párrafo para *evidenciar contradicción* respecto al trato con los "Petecos": *"antes que llegaran las bolsas, yo se las fui a ofrecer a la señora, es decir, a la mamá de los "Petecos", cuando la droga le llegó fue detenida por lo que no alcanzó a vender nada"*. La acusada aclara que escribieron mal su

declaración, ya que no fue a ofrecer la droga, “los Petecos” se comunicaron con ella- dos personas- para que entregara a ellos la droga. Dijo en Fiscalía que ganaría la diferencia entre lo que iba a pagar a la “Yita” y la venta a los “Petecos”; hoy señala ¿ganaría sólo por el servicio de mensajera? Explica la encartada, hizo de mensajera y no supo explicarse bien en Fiscalía. **Consultada por la Defensa:** el 02 de julio de 2014, declaró en Fiscalía, sin la presencia de abogado. Indica que existen imprecisiones en la declaración; se contactó con “los Petecos”, ella no iba a distribuir la droga, sólo recibirla, supuestamente iba a pasar “piola”, por no tener antecedentes por drogas. Ubica a Los Petecos y entregó los nombres a la policía, ellos no dijeron que iban a realizar diligencias, era casi imposible dirigirse en contra de ellos, así entendió. No recuerda si se estampó en la declaración la información entregada sobre “Los Petecos”. *Evidenciando contradicción:* “ya estaban en investigación Los Petecos”. No alcanzó a recibir la droga ni recibió dinero. En ese tiempo vivía en el campamento Girasoles en la Población Inés de Suarez con su hija de 08 años, tiene tres hijos más. Había quedado viuda hacía poco; ese año había ganado un proyecto FOSIS, de \$300.000, compraron ropa nueva y estaba vendiendo, pero la PDI, consultó sobre la procedencia de la ropa y no le creyeron incautaron las especies. Los hechos acontecieron el 24 de febrero de 2014, estas personas se contactaron con ella unos 15 días antes, el día 23 habló con las personas de Santiago, les dijeron: “mañana llega”. No había vendido droga antes en el Campamento. Un hijo vive con su madre, otro vive con su señora y el otro hijo vive en Las Ánimas, edades de sus hijos, 26, 21, 13 y 11 años. Reitera, si salía todo bien le pagarían a ella \$100.000 o \$70.000, cancelarían \$50.000 desde Santiago y \$50.000 en Valdivia “los Petecos”; con el dinero pensaba comprar mercadería para comer; con esa plata subsiste un mes más o menos. El hijo de 21 años tiene cáncer renal, su pareja falleció de lo mismo. La casa del Campamento es una mediagua de 3X3 sin divisiones, sólo una pieza dividida por una cortina.

La acusada reconoce que el día de los hechos concurrió a la oficina de Chilexpress a retirar una encomienda que contenía droga, despachada por personas desde la ciudad de Santiago, contactándose previamente con una mujer llamada “Yita”, quien le manifestó que no tendría problemas por no tener antecedentes penales anteriores sobre droga y le cancelarían por entregar la droga a dos personas conocidas en esta ciudad llamados “Los Petecos”, \$50.000 desde Santiago y \$50.000 los sujetos de Valdivia. Reconoce que pasaba por un mala situación económica, señalando que había obtenido un programa FOSIS para vender ropa, sin embargo, un día al ser fiscalizada las especies fueron incautadas; por eso aceptó la propuesta de que usaran su nombre en dicha encomienda, ella ignoraba la cantidad de droga, al parecer era pasta base de cocaína.

Al ser contrastados los dichos de la acusada con aquellos vertidos en sede investigativa, evidentemente difieren pues ésta manifestó ante Fiscalía- sin presencia de un abogado- que solicitó la droga a la tal “Yita” y antes que llegara la droga a esta ciudad, ella la ofreció a la mamá de los “Petecos”, pero no alcanzó a comercializarla, pues fue detenida.

La versión prestada en el presente juicio oral, sólo permite al Tribunal, tener por acreditada la existencia del ilícito de tráfico de drogas en pequeñas cantidades, por las consideraciones que se dirán más adelante en este fallo, desde que la conducta de la acusada se encuadra dentro de la figura contenida en el artículo 4° de la ley 20.000, en las modalidades de mantener y portar estupefacientes.

En la audiencia prevista en el **artículo 338 del Código Procesal Penal**, la acusada guardó silencio.

QUINTO: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 275 del Código Procesal Penal, los intervinientes no acordaron convenciones probatorias:

SEXTO: Que el Tribunal mediante veredicto dictado con fecha dos de junio de dos mil dieciséis, decidió por unanimidad condenar a la acusada P.M.R.R. como autora del delito consumado de tráfico ilícito de droga en pequeñas cantidades o microtráfico, previsto y sancionado en el artículo 4° de la ley N° 20.000.

SÉPTIMO: Que la unión lógica y sistemática de los medios de prueba rendidos en la audiencia, atendida la coherencia entre unos y otros, verosimilitud de los hechos, los que serán analizados y valorados libremente, conforme a la facultad conferida por el artículo 297 del Código Procesal Penal, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, ni los conocimientos científicamente afianzados, se han acreditado, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos:

“El 24 de febrero de 2014, la Brigada Antinarcóticos obtuvo información residual en el sentido que la acusada P.M.R.R. habría adquirido a un proveedor de la ciudad de Santiago una cantidad indeterminada de droga y sería enviada a Valdivia mediante encomienda a través de la empresa Chilexpress.

Por lo anterior, personal policial montó un punto de vigilancia en la sucursal de la referida empresa, ubicada en Avenida Ramón Picarte N°431, de esta ciudad, observando alrededor de las 17:20 horas, llegó al lugar la acusada, quien procedió a retirar una encomienda consistente en una caja, proveniente de la ciudad de Santiago, dirigido a “P.M.R.R.”, la cual le fue entregada; instantes en que el personal policial efectuó un control de identidad a la acusada, en la vía pública, y una vez trasladada al Cuartel Policial, ésta accedió de forma voluntaria a la apertura de la encomienda, encontrando en su interior, un pantalón de vestir de variados colores y en sus bolsillos delanteros mantenía 02 envoltorios de papel aluminio, en uno de ellos 05 bolsas de nylon contenedoras de 88,85 gramos bruto y 84,5 gramos neto de cocaína base, y otro envoltorio mantenía en su interior otras cinco bolsas de nylon con 86,50 gramos bruto y 82,5 gramos neto de cocaína base.

La droga incautada era mantenida y portada por la acusada, sin la autorización competente y sin que dichas drogas estuvieran destinadas para el tratamiento médico ni para el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.”

OCTAVO: Que para acreditar el conjunto de proposiciones fácticas descritas anteriormente y la participación de la acusada en las mismas, estos sentenciadores han tenido en consideración los siguientes elementos de prueba y su ponderación:

1).-Declaración de F.M.C., Subinspector de la PDI quien pertenece a la Brigada Antinarcóticos de Valdivia; Refiere que el 24 de febrero de 2014, informado del parte policial N°125, obtuvo información residual a través de mecanismos entregados en la Ley N°20.000; tomó conocimiento que en horas de la tarde del día indicado, llegaría una encomienda a nombre de una mujer de esta ciudad P.M.R.R., la nombraba P.M.R.R. su proveedor de la ciudad de Santiago. Obtuvieron información del Registro Civil verificando la identidad de P.M.R.R., no conocían a esta persona, sólo contaban con una fotografía del biométrico; teniendo como antecedente que la encomienda llegaría a una de las sucursales de la empresa Chilexpress. Concurrieron a verificar si dicha encomienda habría llegado ese día a esta ciudad. A las 15:00 horas aproximadamente se constituyeron en la sucursal de la oficina citada, ubicada en Ramón Picarte. Efectivamente se encontraba la encomienda a nombre de la persona referida y que en horas de la tarde iría a retirar.

Efectuaron una vigilancia junto al Inspector I.J.Z.V. alrededor de Chile Express. A las 17:20 horas divisaron una persona de similares características a la de la fotografía, era esta mujer; retiró la encomienda y afuera de la oficina, específicamente frente al N°431 de la Avenida Ramón Picarte, le efectuaron un control de identidad, esta mujer portaba su

cédula de identidad y correspondía a P.M.R.R., al consultar el sistema Gestión Policial, mantenía una orden pendiente por hurto simple emanada del Juzgado de Los Ángeles; en virtud de aquello, la trasladaron al Cuartel Policial, la detuvieron a las 17:30 horas. Alrededor de las 18.00 horas estaban en dependencias del Cuartel, esta mujer portaba la encomienda a su nombre, se le preguntó si deseaba cooperar con la apertura voluntaria de su encomienda, accedió voluntariamente firmando la respectiva Acta y al abrir la caja, se encontró un pantalón de variados colores, en cada bolsillo delantero encontraron dos bultos, confeccionados en papel de aluminio dentro de los dos bultos había cinco bolsas nylon con una sustancia color beige, en total 10 envoltorios; en su interior una sustancia dubitada como cocaína base. Efectuaron la prueba de campo a las 10 muestras dando coloración azul para presencia de cocaína base. Notificaron a la detenida por el artículo 3° de la Ley 20.000. Luego procedieron a pesar las muestras; la primera muestra consistente en 05 bosas de nylon pesaron bruto 88,5 gramos y la otra muestra 86,5 gramos bruto de cocaína base. Posteriormente se procedió a confeccionar el Acta de la prueba de campo, incautación de la droga; Acta de pasaje, Acta de Salud, Oficio dirigido al Servicio de Salud y cuadro gráfico, etc.

El testigo manifiesta que él entregó esta sustancia al Servicio de Salud, mediante el Oficio N°99 confeccionado por el Inspector I.J.Z.V.. Entregó dos muestras, 05 muestras cada una con sus respectivos pesos brutos. El Servicio de Salud, entregó el peso neto, 84,5 gramos y la segunda muestra de 82,5 gramos de peso neto. Recibió la evidencia el encargado de la Ley 20.000 Dr. A.B.L., entregándole un Acta donde están ambas firmas, sus datos y Rut. **El Ministerio Público exhibe la prueba documental Letra B) signadas con el N°3 y N°4 del auto de apertura.** El testigo reconoce el Oficio N° 99 confeccionados por la Brigada Antinarcótico, aparece muestra N°1, peso bruto 88,85 gramos correspondiente a cinco contenedores de bolsas de nylon transparente, en su interior una sustancia dubitada como cocaína base; muestra N°2, peso bruto 86,5 gramos correspondiendo a cinco envoltorios en bolsas nylon transparentes en cuyo interior una sustancia dubitada como cocaína base. La firma del Jefe de la Unidad. Aparece la firma del Dr. A.B.L., al costado izquierdo quien recibió las evidencias. El documento es el mismo que él personalmente llevó junto a las sustancias, al Servicio de Salud.

El documento N°4, es el Acta de Recepción N° 105, entregado por el Dr. A.B.L., se indica el oficio N°99 de fecha 24 de febrero de 2014, indica las muestras, pesos netos, su RUT, N° de placa, su firma y la del Dr. A.B.L..

Fiscalía le exhibe al testigo once fotografías, rubricadas en el acápite de otros medios de prueba del auto de apertura, bajo el N°1; el deponente explica y detalla: **fotografía N°1**, encomienda a nombre de P.M.R.R., en la empresa Chilexpress que portaba la imputada; **fotografía N°2**, otro costado de la caja con el segundo nombre de la acusada; **fotografía N°3**, encomienda abierta, junto al Acta voluntaria de apertura firmada por la imputada; se aprecia una bolsa y dentro el pantalón de variados colores; **fotografía N°4**, pantalón de diversos colores en cada bolsillo delantero, un bulto de forma irregular envuelto en papel de aluminio y al interior de cada uno de los bultos, 05 bolsas nylon y en su interior una sustancia dubitada como cocaína base; **fotografía N°5**, el otro bolsillo del pantalón con otro contenedor envuelto en papel aluminio, conteniendo al interior 05 bolsas de nylon transparentes con sustancia dubitada como cocaína base; **fotografía N°6**, bultos revestidos de papel de aluminio encontrados en los bolsillos del pantalón señalado con las evidencias correspondientes; **fotografía N°7**, apertura de los 10 envoltorios; **fotografía N°8**, apertura de cada bolsa de nylon, se extrae ínfima parte para realizar la prueba de campo dando coloración azul para cocaína base; **fotografía N°9**, otra prueba de campo realizada a otra bolsa; **fotografía N°10**, pesaje de las cinco muestras, 86,50 gramos bruto; **fotografía N°11**, pesaje de otras cinco bolsas 88,85 gramos bruto.

Después que el Servicio de Salud recibe la droga se envía una pequeña muestra al Instituto de Salud Pública de Santiago, allí un químico analiza la sustancia sindicando la pureza de la droga, remitiéndola a la Fiscalía con firma del Director del Servicio de Salud de Valdivia. El parte policial que dio cuenta a la Fiscalía: N°125 de 24 de febrero de 2014, con Oficio N°99, misma fecha indicada. **Repreguntado por la Defensa:** no investigaban en principio por tráfico o comercialización de droga a P.M.R.R.. La ubicaron en el Registro Civil; obtuvieron información residual por herramientas de la Ley N° 20.000, que la encomienda llegaría a nombre de P.M.R.R.. Se enteraron por una investigación que llevaba adelante otro funcionario de la Unidad en otra causa, no investigaban a los Petecos, sino a un proveedor de Santiago, quien viajaba a esta ciudad y enviaba también droga por encomiendas. No tuvo acceso a esa información, utilizaron el artículo 24 de la Ley 20.000, interceptación telefónica, no respecto a la acusada, de escuchas telefónicas se determinó que enviaría encomienda a nombre de P.M.R.R.. Ellos estaban en las afueras de la oficina Chilexpress, no percibieron si ella pagó por la encomienda. No fueron a su domicilio para determinar si comercializaba droga. *No se determinó si la droga la comercializaría o la entregaría a otro proveedor, sólo se procedió a su detención. La Brigada no registró la vivienda de la detenida porque llegó la droga, era lógico que en la casa no tuviera más sustancias ilícitas.*

2).- Relato de **I.J.Z.V.**, Inspector de la Brigada Antinarcóticos de Valdivia, señalando, el 24 de febrero de 2014, en base a otra investigación se obtuvieron antecedentes que llegarían sustancias ilícitas en una encomienda a nombre de P.M.R.R.. Establecieron que en la oficina de Chilexpress ubicada en Avenida Ramón Picarte, llegó efectivamente la encomienda a nombre de la imputada. Auscultaron el lugar y pasadas las 17.00 horas, ella retiró dicha encomienda, saliendo de la sucursal, le practicaron un control de identidad, tenía orden de aprehensión pendiente por un delito de hurto, en virtud de dicha orden se trasladó al Cuartel. Luego se le consultó sobre la encomienda; en ese instante desconoció el contenido de la misma, manifestando libre y espontáneamente que podían abrirla, accedió voluntariamente a la apertura y firmó el acta respectiva. En el interior venía un pantalón, en cada bolsillo un contenedor envuelto en papel de aluminio y en cada uno venía 05 bolsas de nylon transparentes con sustancia color beige; a la prueba de campo dio coloración positiva para cocaína. En total fueron 10 bolsas arrojando un peso bruto total de 170 gramos y algo.

En base a las escuchas telefónicas de otra causa, se obtuvo esta información, venía droga en encomienda a Valdivia y culminó con la detención de la acusada. Refiere que trabajando siete años en la Brigada Antinarcótico conoció a “los Petecos”, se dedicaban al tráfico de drogas, lo estaban investigando.

Según su experticia de la cantidad de droga incautada a la acusada; de un gramo de pasta base de cocaína, se extraen hasta 04 dosis y si se multiplica por la cantidad de gramos incautados, se puede establecer, una alta cantidad de dosis para la población, sumado a otros casos que ha conocido de drogas, generalmente son sentenciados por micro tráfico, cuando la sustancia ya viene dosificada en papelinas y el pesaje es menor. En este caso, eran 10 bolsas, comercializadas a micro traficantes, al venir en esa cantidad, se considera por la policía, en esta zona sur, como un delito de tráfico por la característica de la dosificación.

En cuanto al grado de pureza, tiene conocimiento que generalmente fluctúa entre 20% a 30 %, según estima el Servicio de Salud. Tiene entendido según averiguaciones, en este caso, la pureza de la droga era sobre el 55%, alto para esta zona.

Señala que no se puede separar la droga; no se sabe qué porcentaje es pura y cuál es inocua, viene mezclada y, es perjudicial de todas formas para la salud. **Repreguntado por la Defensa:** ese día detuvieron a la imputada al salir de la oficina de Chilexpress, previo control de identidad, verificaron su nombre ante el Registro Civil, ya

que no la habían visto antes; obtuvieron una fotografía del biométrico; sabían que la imputada tenía orden pendiente. La trasladaron al Cuartel Policial y abrieron la encomienda. *Indica que por las escuchas telefónicas se sabía que la acusada recibiría las sustancias ilícitas, si la iba a repartir a otras personas, eso sólo lo sabe ella. No fueron a registrar su vivienda.* Los micro traficantes tienen dosificada la droga cuando es encontrada por la policía in situ; existen muchos casos en que la droga ya viene dosificada en papelinas, pero el pasaje es menor. En este caso, la droga sobre 50 gramos es bastante, independiente que venga en dos o más contenedores. Eran 10 bolsas en total. *No sabe qué iba a hacer la acusada con la droga.* De un gramo de cocaína base se obtienen aproximadamente 04 papelillos por gramo. En este caso, eran unas 800 dosis, multiplicando 160 gramos, peso neto por cuatro. El movimiento de cocaína base en Valdivia es bastante. En Iquique esta droga pasa por consumo. De acuerdo a la presentación y cantidad de la droga se determina si es micro o traficante, ahora, la comercialización ¿también es importante? Ese punto puede considerarse para saber si es micro tráfico o tráfico derechamente. Ahora si hubiera tenido elementos para la dosificación la acusada también habría sido importante. *No recuerda si se encontró dinero en poder de la imputada.* Desconoce si la acusada pagó por la encomienda.

Los testimonios de los funcionarios de la PDI pertenecientes a la Brigada Antinarcóticos, se aprecian consistentes tanto internamente como al ser contrastados entre sí, sus versiones resultan objetivas coherentes y exentas de motivaciones espurias que tiendan a perjudicar a la acusada por circunstancias ajenas a los hechos investigados. En este sentido no advirtiéndose controversia en cuanto a su credibilidad se estimarán sus relatos para la formación de la convicción judicial.

Ambos refirieron que por información residual obtenida de otra investigación averiguando a un proveedor de drogas de la ciudad de Santiago, quien viajaba y enviaba encomiendas y en su interior conteniendo sustancias ilícitas; el 24 de febrero de 2014, montaron un punto de vigilancia en la afueras de la oficina de Chilexpress, previamente verificaron que efectivamente llegó una encomienda a nombre de P.M.R.R., ésta en horas de la tarde concurrió a la oficina a retirarla, frente al N°431 de la Avenida Ramón Picarte, efectuaron a la mujer un control de identidad y ésta mantenía una orden de aprehensión vigente por el delito de hurto simple. Fue conducida al Cuartel Policial, deteniéndola a las 17:30 horas, siendo aproximadamente las 18:00 horas y como portaba la encomienda a su nombre le manifestaron si deseaba cooperar y en forma voluntaria consintió en la apertura de la encomienda, en ese instante ella manifestó ignorar el contenido de la misma. Una vez abierta encontraron en su interior un pantalón de vestir, en ambos bolsillos delanteros un envoltorio recubierto con papel de aluminio, cada bulto contenía 05 bosas, en total 10 bosas de nylon transparentes contenedoras de una sustancia color beige dubitada como cocaína base; procedieron a efectuar la prueba de campo dando coloración positiva para la sustancia prohibida; realizaron el pesaje bruto de un contenedor (5 bolsas nylon) arrojando peso bruto 88,85 gramos y peso neto 84,5 gramos, el segundo contenedor (5 bolsas nylon) 86,50 gramos peso bruto y neto 82,5 gramos.

Conjuntamente con la declaración del policía Francisco Muñoz, Cofré se ponderó la prueba documental, letra B N° 3 y 4, del auto de apertura, consistente en el Oficio N° 99 de fecha 24 de febrero de 2014, de la Brigada Antinarcóticos de Valdivia, mediante el cual se remite droga decomisada al Servicio de Salud de Valdivia, sustancia dubitada como cocaína base y el deponente suscribe las cadenas de custodia y es timbrada por el Servicio de Salud y el Acta de Recepción Decomiso ley N° 20.000, N° 105-2014, de fecha 25 de febrero de 2014, de la oficina provincial Valdivia sección farmacia del Servicio de Salud Valdivia, recibiendo el oficio N°99 cocaína base; ambos reconocidos por el testigo. Igualmente reforzó su atestado mediante la explicación de once fotografías, conteniendo imágenes de la encomienda y droga incautada, operaciones de pesaje y de orientación de la misma. Las fotografías han constituido un correlato gráfico coherente con los asertos de

ambos policías, sin que exista duda sobre la autenticidad y contenido.

Finalmente sobre las apreciaciones vertidas por el policía Sr. I.J.Z.V., según su experticia, refiriendo cuando se estaría frente a un traficante y ante un mini traficante, es dable consignar que la calificación jurídica de los hechos es potestad exclusiva de los Tribunales de Justicia, de lo contrario estaríamos trasladando jurisdicción a terceras persona, lo cual resulta improcedente.

3).- El ente acusador incorporó **prueba documental y pericial**, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 315 del Código Procesal Penal.

1).- Oficio N° 99 de fecha 24 de febrero de 2014, de la Brigada Antinarcóticos de Valdivia, mediante el cual se remite droga decomisada al Servicio de Salud de Valdivia, sustancia dubitada como cocaína base. F.M.C. suscribe las cadenas de custodia Timbre del Servicio de Salud. Muestra 01).- 88,5 gramos bruto; se trata de cinco contenedores en bolsas nylon transparentes con una sustancia dubitada como cocaína base. Muestra 02).- 86, 50 gramos bruto consistente en cinco contenedores en bosas nylon transparentes con una sustancia en su interior dubitada como cocaína base. Los antecedentes son incautados a la imputada P.M.R.R., se indica su cédula de identidad. Antecedentes serán remitidos a la Fiscalía Local de Valdivia con informe policial N° 125. Fijó, levantó la evidencia y confeccionó las cadenas de custodias el detective F.M.C.. Suscribe el Subcomisario de la Brigada Antinarcótico, S.A.C.. Firmas Ilegibles. Timbre del Servicio de Salud Valdivia y el nombre del Dr. A.B.L., encargado de la Ley 20.000.

2).- Acta de Recepción Decomiso ley N° 20.000, N° 105-2014, de fecha 25 de febrero de 2014, de la oficina provincial Valdivia, acción sanitaria–farmacia del Servicio de Salud Valdivia, recibiendo el oficio N°99 cocaína base. Recibo del Oficio N° 99 del 24 de febrero de 2014, que envía lo siguiente: a) pasta de color beige; b) pasta de color beige. Nombre de la presunta sustancia a) y b) cocaína base. Peso bruto a) 88, 8 gramos, neto 84,8 gramos. Peso bruto b) 86, 50 gramos, neto 82,5 gramos. Descripción decomiso: a) cinco bolsas nylon transparente, b) cinco bolsas nylon transparentes. Entregados por F.M.C., Rut N° de placa y para constancia firma; funcionario que recibe, firma ilegible. Dr. Encargado de la ley 20.000 A.B.L. del Servicio de Salud Valdivia, funcionario que entrega firma ilegible.

3).-Oficio reservado N° 000075, de fecha 07 de marzo de 2014, suscrito por don M.R.L., Director (s) del Servicio de Salud Valdivia, mediante el cual se remite acta de recepción N° 105 A,B/2014 y cadena de custodia respectiva, para análisis químico, a Directora del Instituto de Salud Pública de Chile, subdepartamento de sustancias ilícitas, Santiago. Adjunta Acta de recepción N°105, a) y b) 2014 y cadenas de custodias respectivas para determinar la identidad de las siguientes muestras 105-A 2014 dos gramos recibidos 84,8 gramos, muestra 105-B 2014, dos gramos, total recibido conforme oficio, 82,5 gramos.

4).- Reservado N°4518-2014 de fecha 06 de mayo de 2014 del Jefe Subdepartamento de Sustancias ilícitas del Instituto de Salud Pública. Parte policial N° 125 informa análisis de decomiso: Código de muestra 4.518-2014- M1-2, pasta beige, cantidad recibida 2 gramos neto. Resultado análisis: cocaína base al 60 % sujeta a la ley 20.000. Código de muestra 4.518-2014- M2-2, pasta beige recibido 2 gramos neto. Resultado análisis: cocaína base al 60% sujeta a la ley 20.000.

Que los documentos que anteceden, no han sido controvertidos en su contenido, son útiles para determinar la calidad de la droga incautada en el procedimiento policial, todo en el marco de la investigación que ha culminado en este juicio; la sustancia prohibida fue entregada y recibida bajo los parámetros consignados en la Ley. 20.000. Igualmente da cuenta de remisión de las sustancias al Instituto de Salud Pública para el

análisis químico en el que se identificará el producto y se señalará su peso o cantidad, su naturaleza, contenido, composición y grado de pureza de la droga; antecedentes que guardan sintonía con las restantes pruebas rendidas.

5).- PROTOCOLOS DE ANÁLISIS QUÍMICO, Informes de Análisis de la droga de fecha 06 de mayo de 2014, Reservado N° 4518-2014, que contiene Protocolo de análisis químico, código de muestras 4518-2014-M1-2 y 4518-2014-M2-2, del Reservado N° 75 del Servicio de Salud de Valdivia; realizados por B.D.G., Perito Químico del Instituto de Salud Pública de Chile, Laboratorio de Análisis de Drogas, Unidad de Sustancias ilícitas. Cocaína base de 60% y la segunda muestra Cocaína base al 60%

6).- INFORMES DE EFECTO Y PELIGROSIDAD PARA LA SALUD PUBLICA DE COCAINA BASE, emitidos en virtud de decomisos N° 4518-2014; realizados por B.D.G., Perito Químico del Instituto de Salud Pública de Chile, Laboratorio de Análisis de Drogas, Unidad de Sustancias ilícitas, para cumplir con el artículo 43 inciso primero de la Ley 20.000. La cocaína base es un polvo o pasta de coloración del blanco al café dependiendo del grado de humedad y la presencia de adulterantes o restos de químicos empleados. Es un alcaloide que se extrae de las hojas de la planta Erythroxion coca, a través de un proceso de maceración y mezcla con diversos solventes tales como la parafina, bencina, éter sulfúrico etc. Esta forma de la cocaína se puede fumar, pues no se descompone por calor como así lo hace la cocaína clorhidrato, además, de la toxicidad de la cocaína debe considerarse la presencia de solventes orgánicos y químicos propios del proceso de extracción. La cocaína base es una sustancia muy adictiva debido a que la excitación y bienestar que provoca son muy breves, se acompaña inmediatamente de una sensación fuerte de angustia. Al fumarse el efecto es rápido e intenso, ya que se demora entre 08 o 40 segundos en aparecer y dura sólo unos minutos. La cocaína base aumenta el riesgo de sufrir trombosis, derrame cerebral y paranoia transitoria en la mayoría de los adictos. El uso continuo ocasiona obstrucción severa y daños a nivel cardiorrespiratorios, cerebral y cardiovascular, lo que puede provocar un infarto al corazón. A medida que el consumo de esta droga se hace crónico, se desarrolla en el adicto una mayor tolerancia a ésta, es decir, a través del tiempo el consumidor necesita cada vez mayores niveles de cocaína en su organismo para lograr un mismo efecto, pudiendo ocurrir una sobredosis con consecuencias fatales. Se señala la bibliografía. La cocaína se encuentra incluida en el artículo 1, Título I del Decreto N°867 de la Ley 20.000, sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, como sustancia capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. Se señalan las dos muestras con una pureza del 60 %.

Los informes periciales que anteceden dan cuenta de la naturaleza de la droga incautada a la encartada P.M.R.R., corresponde efectivamente a cocaína base con un grado de pureza de 60%. Además se establecen los efectos nocivos de esta sustancia prohibida en el organismo humano y el daño que consecuentemente provoca en la salud pública, considerándose un importante elemento de convicción sobre aspectos que dieron cuenta; estos antecedentes no fueron controvertidos por la Defensa.

NOVENO: Que la Defensa de la acusada rindió como prueba la misma ofrecida por el Ministerio Público y sobre los mismos puntos, no presentado otra autónoma.

Asimismo, levantó como teoría del caso, la recalificación de los hechos a tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades y se estará a lo razonado precedentemente.

DÉCIMO: Que con la valoración particular de cada uno de los medios de prueba referidos la motivación séptima de esta sentencia, en cuanto a los hechos por los cuales fue condenada la acusada, se acreditó principal y fundamentalmente teniendo en consideración los testimonios de funcionarios de la Brigada Antinarcoáticos, I.J.Z.V. y F.M.C., quienes explicaron de manera coherente la intervención en el procedimiento

investigativo y técnicas empleadas en el mismo y su resultado; actividades desplegadas previo a la detención de la acusada; circunstancias del control de identidad de la encartada; hallazgo de droga incautada, operaciones de pesaje y prueba de campo. También se exhibieron fotografías, dieron cuenta del número de contenedores encontrados al interior de la encomienda dirigida a la acusada, características de la droga cantidad o peso bruto de la misma y orientación de las sustancias prohibidas.

En cuanto a la naturaleza, calidad y cantidad de la sustancia incautada, se acreditó con la incorporación del Protocolo de análisis Químico de la droga de fecha 06 de mayo de 2014, de las muestras 4518-2014-M1-2 y 4518-2014-M2-2, realizados por B.D.G., Perito Químico del Instituto de Salud Pública de Chile, indicando el resultado de las muestras enviadas, arrojando cocaína base una pureza de 60 %.

Se acompañó, oficio remitido de la droga, N° 99 del 24 de febrero de 2014 de la Brigada Antinarcóticos de Valdivia, mediante el cual se remite droga decomisada al Servicio de Salud de Valdivia y el Acta de Recepción Decomiso ley N° 20.000, N° 105/2014, de fecha 25 de febrero de 2014, de la oficina provincial Valdivia, acción sanitaria-farmacia del Servicio de Salud Valdivia.

Sumado a lo anterior, se contó con informe sobre efectos y peligrosidad para la salud pública de la Cocaína base, suscrito por el perito B.D.G. del Instituto de Salud Pública de Santiago, que incide en el organismo provocando daños a la salud pública, todos documentos fueron incorporados a la audiencia de conformidad a lo dispuesto en el artículo 315 del Código Procesal Penal.

La prueba documental, pericial y fotográfica, resultó armónica y coincidente con la información entregada por los testigos en relación a la pesquisa del delito en cuestión, considerando su credibilidad y verosimilitud dada su coherencia interna, imparcialidad y ausencia de interés en el resultado del juicio, proporcionada esencialmente por su calidad de funcionarios policiales sin desprenderse de sus asertos, elementos espurios tendientes a perjudicar a la acusada. Los elementos de juicio no fueron controvertidos por la Defensa con prueba en contrario para desvirtuarlos en su esencia y estructura, todo lo cual permitió la reconstrucción histórica de los hechos, unido a prueba pericial y documental incorporada en la audiencia.

UNDÉCIMO: Que los hechos han sido probados mediante los elementos de convicción descritos en el motivo octavo en forma individual y general en el considerando que antecede, constituyen para el Tribunal, más allá de toda duda razonable, el delito consumado de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en el artículo 4° en relación al artículo 1° de la ley 20.000, en las hipótesis de mantener y portar estupefacientes, cometido el 24 de febrero de 2014 en horas de la tarde en esta ciudad y ha correspondido a la acusada P.M.R.R., participación culpable y penada por la ley en calidad de autora, conforme lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal, por haber actuado de una manera inmediata y directa en el referido ilícito, quien además no justificó que la droga estaba destinada a una atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, implicando la conducta de la convicta no sólo el conocimiento de la faz objetiva del tipo penal sino además, la voluntad de realización manifiesta de llevar a cabo dicho comportamiento, elemento subjetivo del injusto.

El grado de desarrollo del delito es consumado, dado que se ha cumplido los verbos rectores referidos, conforme además, a lo establecido en el artículo 18 de la Ley N° 20.000, se sanciona el delito como consumado desde que haya principio de ejecución.

Cabe afirmar al respecto, que si bien la prueba permite establecer la efectividad del comportamiento realizado por la acusada, retirar una encomienda que contenía la

droga señalada, no se puede concluir de igual modo para conducir el presente reproche a título de tráfico ilícito de drogas, pues si bien tanto esta figura típica como la consignada en el artículo 4° de la Ley 20.000, no disponen circunstancias que desarrollen una actividad material distinta que permita establecer claramente la diferencia entre una y otra, lógicamente demanda mayor y mejor prueba en pro a la demostración de un desvalor de más alta intensidad, capaz de justificar la mayor penalidad a la cual se arriba, si aquello que se pretende es reproche a título de tráfico ilícitos de drogas . En el presente todo lo relativo al número potencial de dosis junto a la actividad concreta de venta, rótulo que se dice constituyen conductas propias del traficante, ni aun admitiéndolas, tienen respaldo contundente en la prueba de cargo, que no sea una presunta confesión de la acusada en sede de Fiscalía, hoy negada en estrado, desde que la investigación policial ha sido deficiente y poco prolija, conformándose con el referido hallazgo de la droga, su pesaje, orientación y tramitación administrativa propia de este tipo de delitos. Es así cómo no se ordenó una entrada y registro al inmueble de la acusada, para verificar si se encontraban elementos propios de una traficante o una micro traficante, tampoco empadronaron testigos del Campamento Girasoles para establecer si efectivamente la encartada se dedicaba normalmente a la venta de droga; en suma, no iniciaron una línea investigativa en su contra, tanto es así que el funcionario de la PDI I.J.Z.V., fue enfático en señalar que ignoraba absolutamente el destino de la droga que mantenía en su poder P.M.R.R..

Que a partir de la totalidad de la prueba se han tenido por configurado los elementos fácticos y presupuestos jurídicos del delito descrito y es posible sostener la calificación jurídica apartándose de este modo de la propuesta por Fiscalía, y han arribado estos sentenciadores de acuerdo a lo siguiente:

a).- En casos como el de estudio, se debe reflexionar en relación al bien jurídico protegido por la Ley 20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, cual es la salud pública, entendida por la doctrina como la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que puede verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas; **b).**- En relación a lo anterior, ha de estimarse que las conductas ilícitas de tráfico de drogas consisten en hacer posible la circulación incontrolada de sustancias prohibidas entre un número indeterminado de consumidores finales, mediante la promoción, facilitación e inducción a su uso o consumo. Teniendo presentes estas circunstancias, la jurisprudencia ha resuelto en determinados casos que por la cantidad y calidad de la droga así como por otros antecedentes del caso concreto, se puede estar o no ante una figura de tráfico o microtráfico; **c).**- Por otra parte, la cantidad de droga no es un concepto que defina expresamente la ley, quedando entregado al Tribunal la decisión relativa a precisar en cada caso concreto, bajo qué presupuestos se configura la referida calificación. En definitiva el legislador ha empleado un concepto de los denominados regulativos, entregando su sentido y alcance a los Jueces quienes deben precisar las circunstancias bajo las cuales resulte adecuado reducir la penalidad asignada ordinariamente al tráfico de drogas, en base a los factores de hecho concurrentes en el supuesto específico de que se trate. Por lo anterior, en el ejercicio de esta función se debe gozar de una amplia flexibilidad y discrecionalidad, desde que los mencionados conceptos regulativos son formales y neutrales; **d).**- En relación a los hechos establecidos en el motivo séptimo, deberá considerarse particularmente la cantidad de la sustancia incautada alrededor de 160 gramos, según lo informado por los testigos y documentos acompañados y, si bien la pureza de la droga resulta ser de un 60%, dato relevante, sin embargo, este antecedente por sí sólo no resulta suficiente al no estar apoyado por otros elementos de prueba objetivos y fiables y así poder determinar irrefutablemente que estamos frente a la figura de tráfico contenida en el artículo 3 en relación al artículo 1° de la ley 20.000. Todo lo demás forma parte de simples conjeturas de las cuales no podemos inferir la figura penal recién citada, sin antes trasgredir el principio de proporcionalidad que inspira nuestro sistema judicial penal; dicho lo anterior, la pureza de la sustancia por sí sola no resulta concluyente en concepto de

estos sentenciadores y por tanto dicha droga no puso en peligro o serio riesgo la salud del grupo social, sin que se pudiera establecer que la droga mantenida y portada por la acusada estaba destinada a ser entregada a grandes traficantes o a variados consumidores de esta ciudad. También ignoramos si ésta pudiere ser mezclada con sustancias inocuas y –con ello- eventualmente podrían ser las dosis de mala calidad y así disminuir el peligro al bien jurídico protegido; **e).**-Se suman como antecedentes del caso en particular la circunstancia que no fue encontrado en poder de la acusada sumas de dinero, tampoco se encontraron especies en su domicilio- pues ninguna diligencia investigativa se realizó al respecto- que orientaran al Tribunal a estimar la calificación jurídica referida por el ente acusador, en orden a que las sustancias incautadas tuvieran como destino un tráfico a gran escala o a múltiples destinatarios finales; y **f).**- Cabe señalar que un correcto análisis de la norma en estudio implica considerar que ella pretende establecer precisamente un marco diferenciado de penas para aquellas conductas que lesionan gravemente el bien jurídico protegido por el tipo penal y aquellas conductas menos lesivas para éste, estimando estos Jueces que en la especie nos encontramos en la última hipótesis.

DUODÉCIMO: Audiencia prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal.

Fiscalía: incorporó extracto de filiación y antecedentes de la acusada, registrando las siguientes anotaciones: **1).**- causa Rol N° 27.731-1994 del Vigésimo Cuatro Juzgado del Crimen de Santiago, condenada el 09 de abril de 1994, como autora del delito de robo con intimidación a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo. Pena cumplida; **2).**- causa RIT 3.248 del Juzgado de Garantía de Valdivia, condenada el 18 de abril de 2008, como autora del delito de hurto simple frustrado previsto y sancionado en el artículo 446 N°3 del Código Penal y Receptación de especies consumado, sancionado en el artículo 456 bis A del Código citado, a la pena de 41 días de prisión en su grado máximo y Multa de 05 UTM. Pena corporal cumplida y la multa sustituida por 50 días de reclusión cumplida; **3).**- causa RIT 1.071-2009, del Juzgado de Garantía de Valdivia, condenada el 10 de julio de 2009, como encubridora del delito de defraudación a la pena de 41 días de prisión en su grado máximo, Multa de 01 UTM, 61 días de presidio menor en su grado mínimo y Multa de 01 UTM. Se le tienen por cumplidas, suman 102 días con el mayor tiempo que ha permanecido privada de su libertad en esta causa; **4).**- causa RIT 7.249-2009 del Juzgado de Garantía de Puerto Montt, condenada el 19 de julio de 2009 como autora del delito consumado de hurto simple, a la pena de 41 días de prisión en su grado máximo y Multa de dos quintos de UTM. La multa se tiene por cumplida con los días de detención; **5).**- causa RIT 6.243-2009 del Juzgado de Garantía de Valdivia, condenada el 24 de diciembre de 2009, como autora del delito de hurto falta frustrada, a la Multa de dos coma cinco UTM; **6).**- causa RIT 1.481-2011 del Juzgado de Garantía de Valdivia, condenada el 31 de marzo de 2011 como autora del delito de receptación, a la pena de 150 días de presidio menor en su grado mínimo y multa de 05 UTM. Pena cumplida; **7).**- causa RIT 5.884-2011 del Juzgado de Garantía de Valdivia, condenada el 10 de diciembre de 2011 como autora de hurto falta en grado frustrado, a una multa de 01 UTM; **8).**- causa RIT 11.202-2011 del Juzgado de Garantía de Puerto Montt, condenada el 31 de diciembre de 2011, como autora de hurto tentado, a la pena de 21 días de prisión en su grado medio y Multa de dos quintos de UTM. La pena de multa se tiene por cumplida; **9).**- causa RIT 3.025-2012 del Juzgado de Garantía de Puerto Montt, condenada el 28 de marzo de 2012, como autora de hurto falta a una Multa de dos quintos de UTM. Multa cumplida; **10).**- causa RIT 1.677-2012 del Juzgado de Garantía de Valdivia, condenada el 24 de mayo de 2012, como autora del delito de hurto simple en grado frustrado, a la pena de 51 días de prisión en su grado máximo, más Multa de 05 UTM. Por sentencia adecuatoria Ley 20.587 del Juzgado de Garantía de Valdivia, se sustituye la multa por un total de 120 horas de trabajos en beneficio de la comunidad. Pena cumplida y Multa pagada mediante la prestación de servicios en beneficio de la

comunidad; **11).**- causa RIT 924-2012 del Juzgado de Garantía de Los ángeles, condenada el 13 de julio de 2012, como autora del delito de hurto establecido en el artículo 446 N°3 del Código Penal, consumado, a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo y Multa de 02 UTM. Pena cumplida; **12).**- causa RIT 5.229-2012 del Juzgado de Garantía de Valdivia, condenada el 22 de diciembre de 2012, como autora del delito de hurto frustrado, a la pena de 41 días de prisión en su grado máximo. Pena cumplida; **13).**- causa RIT 4.434-2012 del Juzgado de Garantía de Valdivia, condenada el 08 de marzo de 2013 como autora del delito frustrado de hurto, previsto y sancionado en el artículo 446 N°3 del Código Penal, a 51 días de prisión en su grado máximo y Multa de 05 UTM. Se sustituye la pena de multa impuesta por la de trabajo en beneficio de la comunidad computándose ocho horas por cada un tercio de UTM sin que la jornada diaria de trabajo exceda de 08 horas.

Con la documentación acompañada, pidió no se conceda a la acusada, pena sustitutiva.

Defensa: solicita en lo principal, se reconozca la atenuante contenida en el artículo 11 N°9 del Código Penal, no obstante las contradicciones que el Fiscal hizo referencia en su alegato de cierre, su representada declaró en juicio, reconociendo la conducta típica, la acción descrita, esto es, el transporte y porte de drogas, reconoció el origen de la misma, facilitó la apertura voluntaria de la encomienda a través de los funcionarios policiales, y considerando que sus dichos fueron honestos y esclarecedora de los elementos típicos que tuvo por acreditados el Tribunal. No concurren agravante, en subsidio, refiere que no existe mayor reproche penal para aplicar el máximo de la pena, solicita 541 días de presidio menor en su grado medio y Multa de 10 UTM y tengan por cumplidas por el mayor tiempo que ha permanecido privada de su libertad, teniendo a la vista el auto de apertura el 24 de febrero de 2014 ingresó a prisión preventiva y se mantuvo ininterrumpidamente hasta el 13 de marzo de 2015, sustituyendo la Ilustrísima Corte de Apelaciones de esta ciudad a arresto domiciliario parcial de 12 horas entre las 20:00 a las 08.00 horas del día siguiente que se mantiene hasta el día de hoy, existen 828 días de abono., cómputo para la pena principal y la pena de multa. Para el caso que el Tribunal no acceda a lo pedido, se sustituya la pena por la de Reclusión domiciliaria parcial nocturna, ella registra anotaciones el artículo 8° de la ley 18.216 reconoce la posibilidad de esta sustitución al no superar las condenas anteriores el límite de dos años y teniendo presente la prescripción de algunas condenas por el tiempo transcurrido. Su representada, trabaja desde que recuperó su libertad en forma ininterrumpida y el informe de factibilidad técnica será presentado dentro de plazo para la dictación de la sentencia. Para acreditar los elementos subjetivos del artículo 8° de la ley 18.216, se recibió el testimonio de **F.O.G.**, asistente social, refiriendo a la situación social y económica de la imputada en el año 2014, tenía una situación social bastante vulnerable contaba con 2.000 puntos en la ficha de protección social, da cuenta de extrema vulnerabilidad. El 2013, fue favorecida con un proyecto de FOSIS, la supervisora da cuenta que ella cumplía con asistencia y plan de negocio, sin embargo, terminaron anticipadamente porque ingresó nuevamente a prisión preventiva y perdió el beneficio. Es madre de 4 hijos, dos de ellos mayores de edad, "M" de 13 años, vive con la madre de la imputada y "An" de 11 años de quien se hace responsable y vive con ella. Su hijo "Al" de 21 años padece de cáncer renal terminal, sin tratamiento paliativo por decisión voluntaria, el padre de sus tres hijos falleció el 2013 por la misma causa, generando una profunda crisis en la examinada. La imputada ha acudido constantemente a redes comunitarias para abrirse caminos en el ámbito laboral, ha tenido trabajos formales e informales. En la actualidad hace aseo recibe \$4.500 el día, jornada de lunes a sábados, a veces los fines de semana efectúa trabajos de peluquería a domicilio. El 2014 tenía una mediagua en el Campamento Girasoles la que obviamente perdió durante el periodo que estuvo en prisión preventiva. Actualmente su vivienda actual es pagada el arriendo a través de un programa de la Intendencia a la espera que se le entregue su casa propia. **Contrainterrogada por la**

Fiscalía: los antecedentes descritos son recabados del peritaje realizado el 2014, se contactó con FOSIS, los datos actualizados son obtenidos a través de P.M.R.R., sin otra fuente que confirme sus dichos. La Defensa acompaña prueba documental: contrato de trabajo del 28 de octubre de 2015 suscrito entre V.M.S. y la imputada, como asesora del hogar en casa particular de seis meses, aparecen firmas ilegibles y timbre del Notario Suplente R.C. Incorpora una certificación del 12 de marzo de 2014, SERVIU, da cuenta que P.M.R.R., pertenece al Campamento Girasoles, se encuentra dentro del catastro de programas y reside en forma permanente la vivienda ubicada en el campamento antes señalado. Por último certificado de defunción de O.U.V.D. de fecha de defunción el 12 de junio de 2013 con indicación de su causa de muerte. *Estos documentos vienen a refrendar los dichos de la acusada vertidos en la audiencia, al ser consultada por los intervinientes.*

Réplica de Fiscalía: se opone a la acoja la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, estima que no existe colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, se han evidenciado una serie de contradicciones entre lo depuesto en Fiscalía y los dichos en el juicio oral. Por otra parte respecto al cálculo de los abonos, está errado, la medida cautelar fue decretada entre las 22:00 horas y las 08:00 horas del día siguiente, no se puede considerar cada día, la suma sería inferior, por no contener 12 horas: Además, pide se descuenten incumplimientos de la medida cautelar, según lo informado por la Primera Comisaría de Carabineros, esto es, el 13 de abril de 2015, 25 de abril de 2015, el 16 de enero de 2016, 03 de enero de 2016, 09 de enero de 2016, 24 de diciembre de 2015, 21 de enero de 2016, 07 de julio de 2015, 09 de julio de 2015, 10 de julio de 2015, 11 de julio de 2015, 13 de julio de 2015 y el 1° de febrero de 2016, señalando en cada caso la hora de las rondas efectuadas en el domicilio de la imputada.

DÉCIMO TERCERO: Que será rechazada la atenuante contenida en el artículo 11 N°9 del Código Penal, invocada por la Defensa, por estimar que no se dan los presupuestos de sustancialidad requerida en la norma, por cuanto los dichos de la acusada, no constituyeron un aporte relevante a la investigación, por el contrario, recordemos que fue sorprendida por la policía aquel día que fue en busca de la encomienda remitida desde Santiago con droga, y funcionarios de la Brigada Antinarcóticos, por información residual de otra investigación y por escuchas telefónicas, se enteran que el proveedor que estaba siendo indagado mencionó a la acusada como receptora de la encomienda con droga en una de las oficinas de Chilexpress de esta ciudad; siendo detenida en situación de flagrancia, manteniendo y portando la droga.

La acusada no entregó voluntariamente la droga - a través de una investigación diversa- los policías realizan el control de identidad a la imputada, siendo efectivo que estando en el Cuartel ya detenida por una orden de aprehensión pendiente por el delito de hurto voluntariamente accedió a que abrieran dicha encomienda, señalando en ese momento ignorar su contenido, sin embargo, esta circunstancia unida a la versión de la imputada prestada en estrados, no resulta constitutiva de un mecanismo esclarecedor a los hechos y de mérito suficiente para favorecerla con la atenuante en cuestión.

DÉCIMO CUARTO: Determinación de la pena.

a).- El delito de tráfico en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en el artículo 4° en relación al artículo 1° de la Ley N° 20.000, contempla la sanción de presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 10 a 40 Unidades Tributarias Mensuales.

b).- A la acusada no le favorece ninguna atenuante ni le perjudica alguna circunstancia agravante y, conforme lo estatuido en el artículo 68 del Código Penal, el Tribunal puede recorrer toda la extensión de la pena al aplicarla y teniendo presente la extensión del mal causado, inherente al delito, se impondrá la pena de presidio menor en su grado medio, como se indicará en la parte resolutive de este fallo.

c).- La Defensa de la acusada solicitó se imponga el mínimo de la multa, el Tribunal considera, de acuerdo a lo estatuido en los criterios que establece los artículos 25 y 70 del Código Penal, para la regulación de la multa y no existiendo agravantes en el ilícito, dando lugar a lo solicitado, teniendo presente lo expuesto por la asistente social F.O.G., y estimar que resulta más adecuada para el caso concreto y ajustado a derecho.

d).- En cuanto a la petición del Sr. Fiscal, en orden a tener presente el cálculo de los abonos de la acusada respecto a la medida cautelar de reclusión nocturna, no se dará lugar, pues ésta fue decretada a partir de las 20:00 horas hasta las 08:00 horas del día siguiente, según se desprende claramente del auto de apertura y carpeta virtual.

En cambio, sí serán descontados los días incumplidos por la acusada, reseñados por Fiscalía en audiencia, lo que se verá reflejado en la contabilización de días de abono al momento de aplicar la pena que en definitiva se imponga a la encausada.

f).- En relación a petición subsidiaria de la Defensa, en el sentido de ordenar la sustitución de la pena atento lo dispuesto en el artículo 8° de la ley 18.216, se estará a lo que se dirá en lo resolutivo de esta sentencia.

Por estas consideraciones, y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 1, 3,7, 14, 15 N°1,18, 21, 25, 30, 31, 49, 68, 69 y 70 del Código Penal, artículos 1, 2,7, 8, 47, 295, 297, 315, 326, 327, 328, 329, 330, 332, 333, 340, 341, 342, 343, 344, y 348 del Código Procesal Penal; Ley 20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y su Reglamento; Ley N°18.216 y Ley N° 19.970 y Reglamento, **SE DECLARA:**

I).- Que se condena a **P.M.R.R.**, cédula de identidad N°14.083.599-4, ya individualizada, a sufrir la pena de **SEISCIENTOS DÍAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO y MULTA DE DIEZ UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES**, accesoria de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas del procedimiento, como autora en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal, del delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en el artículo 4° en relación al artículo 1° de la ley 20.000, en las hipótesis de mantener y portar estupefacientes, sin contar con la autorización competente y sin que dicha droga estuviera destinada para el tratamiento médico ni para el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, pesquisado en horas de la tarde del 24 de febrero de 2014 en esta ciudad.

II).- Que ambas penas se tienen **POR CUMPLIDAS** con el **mayor tiempo** que permaneció la sentenciada **privada de libertad con motivo de esta causa**, esto es, detenida el día 24 de febrero de 2014, en prisión preventiva desde el 25 de febrero de 2014 al 13 de marzo de 2015 y con arresto domiciliario parcial nocturno a partir del 14 de marzo de 2015 a la fecha de la presente decisión, sumando en total de 834 días de abono, descontado los 14 días de incumplimiento, incluyendo **30 días** por la pena de multa, conforme al artículo 49 del Código Penal y 52 de la Ley N° 20.000, sirviendo de abono a su favor **820 días**.

III).- Que se ordena el **COMISO** de las especies incautadas, en particular de la droga conforme lo estatuido en la Ley N°20.000, disponiéndose la destrucción por el Servicio de Salud, si no se hubiera verificado anteriormente.

IV).-Procédase al registro de la huella genética de la sentenciada, atento lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 19.970 y su Reglamento, ejecutoriado el presente fallo.

Devuélvase los documentos que fueron incorporados en la audiencia.

Redactada por la magistrada titular doña Cecilia Samur Cornejo y no firma la presente sentencia por encontrarse en Comisión de Servicio a partir del día de hoy.

Regístrese. Comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Valdivia para su cumplimiento. Hecho, archívese.

RIT 40-2016

RUC 1400 196 554-

Pronunciada por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, presidida por don Ricardo Aravena Durán e integrada por doña Gloria Sepúlveda Molina y doña Cecilia Samur Cornejo, todos Jueces Titulares.

8. Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia absuelve a imputado por el delito de robo con intimidación en el que el arma utilizada para intimidar fue una flauta. (Segunda Sala del TOP de Valdivia 23.06.2016. RIT 122 -2016)

Normas asociadas: CP ART. 436 inciso 1°.

Tema: Tipicidad; Imputación Subjetiva; Delitos Contra La Propiedad.

Descriptor: Delitos Contra El Patrimonio; Dolo; Imputación Subjetiva; Tipicidad Subjetiva.

Delito: Robo Con Intimidación

Defensor: Pamela González Vásquez.

Magistrados: Germán Olmedo Donoso Quien La Presidió, Doña Cecilia Samur Cornejo Y Don Ricardo Aravena Durán.

SÍNTESIS: La segunda sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia absolvió a imputado por el delito de robo con intimidación, en que el arma empleada era una quena (flauta). Los fundamentos que el Tribunal tuvo en cuenta para arribar a su sentencia fueron los siguientes: (1) El acusado entrega su versión enfatizando los aspectos subjetivos de su obrar: el ánimo jocoso que lo animó en una acción inclusive –sostiene- fue sorpresiva para él, bajo un contexto objetivo –también referido por otros testigos como se verá- de explícito jolgorio, pluralidad de asistentes y por cierto de generosa ingesta de alcohol. Estos relieves resultan importantes pues permiten comprender el marco de facto que enfrentaba al acusado, para resolver la cuestión relativa al dolo. (2) El robo, hurto en su base, y la intimidación, como coacción grave funcional a la apropiación mediante sustracción, no parecen ni remotamente estar presentes en este caso, dándose cuenta más bien de un obrar del todo torpe de parte del acusado. (3) El tema no pasa por el empleo de un instrumento escasamente capaz para amagar la vida o la salud de la víctima, como si la pluriofensividad de este delito señalase a estos bienes jurídicos, como los únicamente posibles de afectar, además de la propiedad, sino que, y en la medida que se admita como otro de los sustratos del robo con intimidación, la afectación de la libertad de acción de la persona amenazada, o sea coacción grave para la sustracción, todo el conjunto de factores indicados en el párrafo anterior, coadyuva para calificar lo actuado por el agente, bajo los esquemas de imputación objetiva y especialmente subjetiva, dolo en este último caso, permitiendo enderezar o no posteriormente el reproche penal, en sede de este determinado hecho punible típico. En este caso, el asunto, globalmente visto, se adscribe en el adjetivo de una acción de torpeza extrema y atípica. **(Considerando 4 y 9)**

TEXTO COMPLETO

Valdivia veintitrés de Junio de dos mil dieciséis.-
VISTOS Y OIDOS

Intervinientes.

PRIMERO: El veinte de junio de dos mil dieciséis, ante la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad se llevó a efecto la audiencia de Juicio Oral correspondiente a los autos **RIT 122-2015, RUC N°1400 903 208-9**, seguidos en contra de **M.A.Y.R**, nacido el 29 de agosto de 1994, soltero, cédula de identidad N°18.886.580-1, estudiante de educación superior, domiciliado en Carampangue n°642 Valdivia. El Ministerio Público estuvo representado por el fiscal don Jaime Calfin Cárdenas y la defensa por doña Pamela González Vásquez. Ambos intervinientes con domicilio y forma de notificación ya señalada por el tribunal. Asisten dos estudiantes en práctica en la defensoría penal: doña Uranía Garcés Asenjo y don Francisco del Pino Cárdenas.

Acusación

SEGUNDO: La acusación presentada por el Ministerio Público, conforme auto de apertura de juicio oral, fue deducida en los siguientes términos: *“En la madrugada del 19 de Septiembre de 2014, en circunstancias que V.A.O.S se desempeñaba como cajera en el primer piso del local “Strike” ubicado en calle Camilo Henríquez de esta ciudad, al que había llegado el acusado Miguel Ángel Yáñez Rivera, éste descendió desde el segundo piso en donde funciona otro local, quien, con la finalidad de apropiarse de especies, la intimidó apuntándola en sus costillas con un elemento contundente simulando un arma de fuego, exigiéndole que le entregara todo el dinero de la caja, y se quedara callada y así nada le pasaría. La víctima comenzó a gritar pidiendo ayuda acercándosele el administrador quien venía saliendo del sector de los baños, el que logró reducir al acusado junto con un guardia de seguridad, logrando su detención, llamando a carabineros quienes se constituyeron en el lugar, encontrando en poder del acusado un elemento tipo flauta con el cual había apuntado a la víctima”.*

Calificación jurídica : Autor material de Robo con intimidación previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero y 439 del Código Penal, frustrado.

Circunstancias Modificadorias de la Responsabilidad Penal: Atenuantes: no concurren. Agravantes: artículo 12 N° 14 y 12 N° 16 del Código Penal.

Solicitud de Pena: Diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales, registro de la huella genética, de acuerdo a la ley de ADN N° 19.970, costas y comiso del elemento incautado.

Alegatos iniciales

TERCERO: Que en su apertura fiscalía promete la demostración que contiene la acusación en base a la prueba que anuncia. **La defensa:** No hay delito de robo con intimidación. El elemento utilizado es inidóneo para producir una intimidación, ya que se trataba de una quena o flauta. Además no se demostrará el elemento subjetivo, la presunta intención de obtener la entrega de dinero. Estaba en el lugar, pero él pretendió llevar adelante una broma. Su intención no fue robar. En subsidio, atendida la inidoneidad explicada pide se recalifique a un robo por sorpresa frustrado.

Declaración del acusado:

CUARTO: Exhortado a decir verdad, renunciando a su derecho a guardar silencio sostiene: Quiere decir lo sucedido: el 17 de septiembre estaba con su familia en un asado. Compartían. Luego con las horas, a eso de las seis de la tarde fue a descansar, después un amigo lo fue a buscar para salir y seguir compartiendo. Fueron a la feria fluvial, siguieron bebiendo, a eso de las diez de la noche se fueron a la Saval y de ahí al “Strike” que es un local. Compartieron en el local con muchos amigos y de pronto a eso de las cuatro de la mañana una amiga le dice que se retiren. Estaban “pasados de copas” y era tarde. Luego se va detrás de su amiga, retirándose y bajando la escalera. En un acto espontáneo va donde la cajera y la apunta con una flauta. Ella se sorprendió, se asustó, llamó a los guardias, le dijo que era una broma, que no le robaría, que no

se asustara. Los guardias le detuvieron, les dijo que era una broma, que se malinterpretó, ellos le reprocharon que como se le ocurría hacer tal. Dijeron que llamarían a la policía. Repitió que era una broma y pidió disculpas. Llegó Carabineros y fue detenido. Al fiscal responde: Bajó la escalera y la apuntó de frente. Sacó la flauta y ella la vio. No conocía a la cajera. No recuerda qué le dijo cuándo la apuntó con la quena, si le dijo algo no se acuerda, ella reaccionó rápido y gritó. Fue todo rápido. Ella llamó a los guardias y les dijo a los guardias, él, que era una broma. A la defensa responde: Había luz intermedia cuando ocurre el hecho. Había mucha gente donde estaba la cajera. La fiesta estaba en el segundo piso. La cajera estaba en el primer piso. Abajo había unas treinta personas. Ya estaba terminando la fiesta. Había gente alrededor, grupos, guardias un poco más allá. Portaba la flauta ya que estaba aprendiendo a tocar la misma, durante esos días: Todo lo relacionado con la música andina. Estudia Asistente Social en el Instituto-Universidad Santo Tomás. Esto fue el 17 de septiembre de 2014. En ese entonces estaba estudiando. La cajera no le entregó nada, no le pasó dinero. Todo esto ocurre en un lapsus de 10 segundos, fue todo muy rápido. Estuvo detenido por los guardias como diez minutos y se presentó Carabineros.

Ponderación: *El acusado entrega su versión enfatizando los aspectos subjetivos de su obrar: el ánimo jocoso que lo animó en una acción inclusive –sostiene- fue sorpresiva para él, bajo un contexto objetivo –también referido por otros testigos como se verá- de explícito jolgorio, pluralidad de asistentes y por cierto de generosa ingesta de alcohol. Estos relieves resultan importantes pues permiten comprender el marco de facto que enfrentaba al acusado, para resolver la cuestión relativa al dolo.*

Convenciones probatorias y acciones civiles

QUINTO: No hubo convenciones probatorias ni se ejercieron acciones civiles.

Prueba producida e incorporada durante la audiencia

SEXTO: El Ministerio Público cumplió con la siguiente prueba de cargo.

a) Testimonial

1.- V.A.O.S: Estudiante. En relación a los hechos de la causa expone: El año 2014 hubo una denuncia en el lugar donde trabajaba. Fue por un asalto o un robo, no se acuerda. Lo que ocurrió en detalle: No se acuerda bien, estaba trabajando de cajera en el pub, los fines de semana. Esto fue en septiembre, 18 o 19. Se arrendaba el local de arriba, abajo no había gente, solo una fiesta en el segundo piso. Ya no recuerda la hora. Estaba en la caja revisando los pagos para “los chicos” que trabajaban. De pronto siente alguien detrás de ella, no se acuerda bien, era el mismo que está hoy aquí. Estaba sola, no había nadie alrededor, el personal estaba afuera. Y sucede “esto” con este niño. No se acuerda muy bien los detalles. El pub era el “Strike”. Esto sucedió en el año 2014. No lo vio venir, sintió “algo”, se da vuelta y este chico estaba “tomado”, en verdad estaban todos “tomados” en la fiesta. (Insiste en que no se acuerda). Prosigue: Sintió un objeto en las costillas. La situación en el momento: Se asustó, le dijo “algo como de la caja”, vino el administrador, el sujeto dijo que era una broma, quedó como distanciada de él. No recuerda si declaró por estos hechos. Recuerda que la llamaron. Recuerda que concurrió al edificio que está a un costado de este tribunal. En verdad tampoco se acuerda si era este edificio o el de al lado. Refrescando memoria, la testigo lee en silencio declaración prestada en sede investigativa y responde: Por lo que leyó, pensó que era una pistola. Ahora refrescando su memoria sostiene que quedó paralizada, no reaccionó por lo que él le dijo: que le pasara la plata de la caja; quedó paralizada. Después de eso no volvió a trabajar al local por problemas con sus estudios. Ella gritó. Y él, en el instante, empezó a gritar que era una broma. Después ella pensó que era una broma, una estupidez de parte de él. Según su declaración que prestó anteriormente, en el mismo segundo, cuando él se da cuenta que ella se asustó, él grita que era una broma. A este sujeto no lo conocía. Ella hace bromas a sus conocidos. Cuando esto ocurre el administrador estaba a unos diez metros (indica un punto de la sala de audiencia, que está a una distancia de aproximadamente tres metros de la declarante). **A la defensa responde:** Había harta gente en la fiesta de arriba. Por obligación la gente transita por abajo. Había baños arriba y abajo. Para salir del local era necesario pasar por abajo. No recuerda la hora. Trabajaban más de dos garzones, el administrador, había dos guardias, uno arriba. Es un local grande de dos pisos, se arrendó el segundo nivel. Los guardias estaban afuera. La caja está a un costado del acceso al segundo piso. Abajo estaba vacío, solo el administrador. Ella no lo vio, apareció por el lado, no por la espalda. Al final de la noche se dio cuenta que no era una pistola, cuando ya estaban los Carabineros. El administrador llegó inmediatamente, unos segundos después del hecho. El joven

empezó a decir que era una broma. Un rato antes había bajado una chica que se metió al bar. Fue todo muy rápido. Ella piensa que fue una broma de mal gusto, estaba “tomado”, igual le llamó la atención, lo vio como “muy niño”.

Ponderación: *La declaración de la testigo-víctima se encuadra en el plano fáctico que explicó anteriormente el acusado: Gran cantidad de personas disfrutando de una fiesta en horas de la madrugada, personal dependiente del local transitando por sus dependencias y consumo de alcohol. En lo medular, la testigo mezcla un fuerte olvido, superado solo parcialmente sobre la base de una declaración prestada en sede investigativa, de todo lo cual no queda claro cual es – en su entender- la experiencia vital que protagonizó, por ejemplo, si fue abordada por la espalda o por un costado y qué es aquello que fue presuntamente pronunciado por el acusado, además de la supuesta demanda de dinero, puntos explicitados en la acusación y que se han de suponer tienen como fuente probatoria primaria las palabras de esta persona. Lo cierto es que su relato no deja ver una coacción grave, de hecho, a los pocos minutos de ocurrido el suceso, no dudó en calificar el obrar del acusado como una broma de muy mal gusto.*

2.- D.O.F, Sargento 1° de Carabineros. En relación a los hechos de la causa: Procedimiento policial por robo con intimidación el 19 de septiembre de 2015, a eso de las cuatro de la mañana. Fueron alertados por transeúntes que algo ocurría en el interior del local “Strike”. Un señor le dice que la cajera había sido asaltada por otro señor que estaba sentado en un rincón cuando ellos llegaron. Dijo que la cajera afirmó que estaba haciendo la caja y por la espalda se le acerca un individuo quien le apunta y le pide el dinero. Ella grita, pide auxilio, estaba el administrador quien reduce al individuo y le quita el objeto. El objeto era una Quena musical de madera. La cosa estaba en una silla, no la tenía el imputado, se lo mostró la persona que lo detuvo. **Fiscal Incorpora una fotografía:** Es el instrumento musical señalado, una Quena empleado en la música andina, es la especie que le entregaron, le dijeron que con esta cosa el imputado amenazó a la víctima. **A la defensa:** El joven estaba tranquilo, sentado en un rincón del pub. Estaba sentado, no retenido. Nadie le afirmó que se trataba de una broma. La cajera estaba sumamente alterada de la situación. El joven: habló con él. Hablaron cosas de familia, de la estupidez de la situación. Le dijeron que la cajera había sido amenazada.

Ponderación: *El sargento Oliva es funcional con el relato de los anteriores. No es presencial del hecho. Su fuente no son las palabras de la presunta ofendida con la coacción, sino el administrador del local, mencionado igualmente por la cajera, quien intervino en el acto. La fotografía revela la efectividad de la cosa que se afirma fue empleada en el presunto acto intimidatorio. Llama la atención del tribunal que el potencial autor del robo con intimidación es descrito como sentado tranquilamente a la espera de la policía.*

3.- V.S.H, Subinspector de la PDI. Se le encomendó en noviembre de 2014 una orden de investigar por un robo con intimidación. Se le pidió tomar declaración a la víctima y a un aprehensor civil, Carlos Rubio. Interrogó únicamente a este último. Era el administrador del pub “strike”. Dijo: el 19 de septiembre de 2014 a eso de las tres am., personas del 2° piso bajaron al baño. Carlos va a ese sector del baño. Se percata que una pareja, un joven y una mujer descienden por la escalera. El joven se acerca a la caja, la cajera la hace una seña indicando que la estaban asaltando, él se acercó de inmediato, llamó a un guardia, le encontraron una “Quena” que fue empleada para intimidar. No pudo visitar el sitio del suceso. **Resultado:** Solo se le permitió hacerse una idea de la dinámica, la intimidación del imputado fue con un elemento que aparentemente la víctima creyó que era un arma de fuego, pidió auxilio de inmediato. El imputado se acogió a su derecho a guardar silencio. **Al fiscal responde.** Fotografiaron el frontis del local. **Fiscal exhibe una fotografía:** el frontis del local, dos locales en cada piso. La cajera estaba en el primer piso. **A la defensa responde:** El administrador dijo que cuando fue retenido el joven sostuvo que era una broma. El administrador y un guardia detuvieron al imputado. El administrador dice que el imputado estuvo de frente a la cajera, ya que este le dio la espalda al testigo. La víctima le señaló que la había apuntado, la había intimidado.

Ponderación: *El aporte de este declarante solo confirma la presencia de un tercero, nombrado como C.R , a escasos metros de la acción que se desarrolla entre el acusado y la cajera del local. En este sentido, advertido el tribunal de las muchas confusiones de la cajera V.A.O.S, la dinámica parece más bien ajustarse a la versión que entrega el acusado, más aun cuando este tercero, según el detective, sostiene que el detenido explicaba el hecho en un broma. La fotografía permite ilustrar al tribunal la existencia y característica de un local cerrado del denominado pub “Strike”.*

Alegatos Finales

SEPTIMO: Concluida la prueba, los intervinientes presentaron los siguientes alegatos

Fiscal: Apela al criterio de objetividad. Si esto era una broma debe ser absuelto. En caso contrario el acusado debe ser condenado, lo deja a criterio del tribunal. Si es broma no hay delito alguno. **La defensa:** La misma testigo indica que esto era una broma. Por cierto de muy mal gusto. No están probados los elementos subjetivos del delito pretendido por fiscalía. Pide la absolución.-

Palabras finales del acusado: Reitera que todo fue una broma, un mal entendido.

Hechos estimados Probados. Análisis conjunto de la Prueba

OCTAVO: Que el conjunto de la prueba de cargo, apreciada con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, permite establecer como probados los siguientes hechos: *“En la madrugada del 19 de Septiembre de 2014, V.A.O.S se desempeñaba como cajera en el primer piso del local-pub “Strike” ubicado en calle Camilo Henríquez de esta ciudad. A dicho lugar había llegado horas antes M.A.Y.R con la finalidad de participar en una fiesta. Al tiempo de abandonar el recinto, éste último descendió desde el segundo piso y apuntó, con una flauta, de frente a la cajera, pidiendo el dinero. La cajera en forma inmediata pidió el auxilio del administrador del local, quien estaba muy próximo al lugar. El sujeto fue detenido por este civil junto a un guardia de seguridad, al tiempo que explicaba que su obrar se trataba de una acción en tono de broma. M.A.Y.R fue mantenido al interior del local sin medida de seguridad alguna a la espera de los Carabineros”.*

NOVENO: Que los hechos demostrados han sido establecidos bajo la conjunción de los relatos de cargo y el de descargo, este último en la voz del propio acusado. En este sentido, la dinámica parece enriellarse en un encuentro cara a cara, entre el acusado y la cajera V.A.O.S, con una flauta dulce a la vista y en un contexto espacial marcada por la nutrida presencia de concurrentes a una fiesta –que se desarrollaba en el interior de un recinto de acceso al público-, junto al deambular del personal del pub, entre ellos el aludido administrador C.R, al menos dos garzones y dos guardias de seguridad. Todo lo anterior, resta mérito el pretendido hacer intimidatorio tras el objetivo de apropiación mediante sustracción, que es aquello que subyace como accionar típico para un delito contra la propiedad, como el que ha sido presentado por fiscalía. En efecto, El robo, hurto en su base, y la intimidación, como coacción grave funcional a la apropiación mediante sustracción, no parecen ni remotamente estar presentes en este caso, dándose cuenta más bien de un obrar del todo torpe de parte del acusado, hipótesis esta última que hace innecesario mayor análisis, tras la ausencia típica de figuras culposas asociadas. En detalle: Los mencionados testimonios, permiten centrar los hechos el día y hora aproximada señalado en la acusación, punto sobre el cual, por lo demás, no hay pleito ofrecido por la defensa letrada: En horas de la madrugada del 19 de septiembre de 2014, al interior de un local comercial nocturno de música, diversión y abundancia en el consumo de alcohol, resumido bajo la popular voz “pub” (lo anterior empero que el acusado señala el día 17 de septiembre y el Sargento Oliva expone el año 2015). Enseguida, tampoco hay divergencia en relación al encuentro entre el acusado y doña V.A.O.S, cuando el primero descendía a la planta baja del inmueble (el llamado “primer piso”) y la segunda permanecía en su puesto de trabajo (la caja recaudadora de aquel establecimiento de comercio), emplazado precisamente en este último lugar. En este sentido a las declaraciones de las personas ya mencionadas, se añaden las versiones que aportaron el Sargento Oliva y el detective Salazar, como testigos de oídas del regente. Finalmente tampoco parece haber mayor diferencia en la dinámica que se suscita entre el acusado y la cajera, si se presta atención a los dichos de uno y otro: El primero afirma que efectivamente le apuntó con una flauta a la mujer, pero que aquello desde un inicio quedó en su entender bajo la idea de una broma. Doña V.A.O.S, por su lado, transita narrativamente por el mismo camino, de lo que se puede entender de su muy confuso relato. Por ejemplo, en el relevante punto si acaso el imputado se le acerca por detrás, por el costado o de frente, la acusación en este ítem, pareciera sugerir que la acción de M.A.Y.R fue sorpresiva, pero en todo caso acompañada de la expresa petición de dinero y de guardar silencio la mujer para resultar indemne. Doña V.A.O.S, solo ante la insistencia del fiscal, manifiesta que es abordada por la espalda, y que el hombre le dice “algo como de la caja”, incorporándose de inmediato a los hechos el administrador del local. Enseguida y en el contexto del ejercicio de refrescar memoria, sostiene que efectivamente afirmó durante la investigación que estimó se trataba de una pistola y que el sujeto le pidió el dinero de la caja, ante lo cual ella se paralizó y gritó, en tanto el acusado por su lado empezó a manifestar a viva voz que era una broma.

Teniendo presente lo anterior, en lo medular se trata de un incidente a todas luces confuso, por lo que puede orientarse en el sentido propuesto por fiscalía, así como también bajo el relato

manifestado por el acusado, disyuntiva que huelga considerar los otros elementos de convicción aportados al debate. Y el análisis de estos revela lo siguiente: **1)** Se trata de un establecimiento de comercio, con acceso al público. De hecho por entonces una gran cantidad de personas permanecía en sus dependencias (la Srta. Obando sostiene que estas permanecían en el 2º piso, pero que el tránsito en dirección al 1º piso ocurría por una escalera ubicada al lado de su caja); **2)** La acción del acusado fue observada directamente por el regente del negocio Carl, conforme a la declaración del PDI V.S.H, quien, citando a Rubio, sostuvo que Yáñez estaba de frente a la mujer y que el detenido afirmó que su acción obedecía a una broma; **3)** Detenido Yáñez Rivera, no se aplicó por los particulares ninguna medida especial para mantener esta privación de libertad, distinta a permanecer pura y simplemente al interior del local comercial: No fue encerrado en alguna dependencia, ni estuvo bajo la vigilancia directa de un guardia. Simplemente el acusado esperó la llegada de la policía. De hecho el Carabinero Oliva Fernández lo describe de este modo; **4)** El hecho ocurre en un contexto caracterizado por la presencia de mucha gente en el interior del pub, en tanto el acusado descendía desde el segundo piso junto a otra persona (en este último detalle otra vez la declaración del PDI Salazar), con el administrador presente en esta última planta y los guardias en el exterior (en este aspecto el relato de Vanessa Obando).

Que el contexto espacial, un recinto de comercio, cursando el desarrollo de una fiesta y la presencia de personas a metros del hecho crítico, inclina a estos sentenciadores a sostener que efectivamente lo sucedido se encuadra bajo el planteamiento expuesto por el acusado, es decir, que llevó adelante una acción que en sustancia pretendía constituir una broma, pero que no fue tomada en este sentido: Con una flauta en su mano se acercó a la mujer y le pidió el dinero. ¿Puede ser lo anterior idóneo para amenazar?. La respuesta podrá ser positiva o negativa, dependiendo de qué otros aspectos se puedan colacionar a esta escena básica. Y en este ejercicio, más allá de la apreciación subjetiva de la persona –aquella coaccionada o destinataria de la broma-, el cuadro objetivo está marcado por los cuatro puntos consignados en el anterior párrafo, lo que fuerza a concluir que la coacción funcional a la apropiación, grave en su entidad, como lo demanda el tipo penal propuesto por el acusador, no se deja leer en cuanto tal, como quiera que no es verosímil la acción de robar intimidando a la víctima, si ningún elemento ambiental dispuesto al caso parecía alcanzar un mínimo razonable que le confiriera seriedad y plausibilidad a dicho actuar –que analizado aisladamente resulta inidóneo-. Como se advierte, el tema no pasa por el empleo de un instrumento escasamente capaz para amagar la vida o la salud de la víctima, como si la pluriofensividad de este delito señalase a estos bienes jurídicos, como los únicamente posibles de afectar, además de la propiedad, sino que, y en la medida que se admita como otro de los sustratos del robo con intimidación, la afectación de la libertad de acción de la persona amenazada, o sea coacción grave para la sustracción, todo el conjunto de factores indicados en el párrafo anterior, coadyuva para calificar lo actuado por el agente, bajo los esquemas de imputación objetiva y especialmente subjetiva, dolo en este último caso, permitiendo enderezar o no posteriormente el reproche penal, en sede de este determinado hecho punible típico. En este caso, el asunto, globalmente visto, se adscribe en el adjetivo de una acción de torpeza extrema y atípica. Se trata de la única interpretación congruente con el ya comentado ambiente que rodeó al suceso. Es decir, considerando que la intimidación típica debe ser grave en su entidad y objetivamente valorable como tal, más allá de la sensación o parecer que la misma pudo provocar en el presunto ofendido, tal adjetivo no concurre al caso, confirmándose esta conclusión inclusive no solo en los graves vacíos que parece dar cuenta el relato de la testigo-víctima, sino que, y para colmo, cuando se tiene presente que a los pocos minutos de sucedido el evento, la misma persona no duda de calificar el evento como una broma de muy mal gusto.

DECIMO: Que por lo que se lleva dicho, se absolverá al acusado del cargo fiscal, replicando las razones anteriores para desestimar la recalificación de los hechos como constitutivos del delito de robo por sorpresa, conforme a la petición subsidiaria levantada por la defensa.

Y VISTO ADEMÁS lo dispuesto en los artículos 1 y 2 del Código Penal y artículos 1,2,7, 8, 47, 295, 296, 297 y 340, 341, 342, 343, 344, 346 y 347, todos del Código Procesal Penal, se declara que:

1º: SE ABSUELVE a M.A.Y.R, cédula nacional de identidad N°18.886.580-1, de la acusación fiscal deducida en su contra como autor ejecutor del delito de Robo con Intimidación, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1º del Código Penal, en grado de frustrado, presuntamente perpetrado en esta ciudad, al interior del local de comercio “Strike” en horas de la madrugada del 19 de septiembre de 2014.-

2°: QUEDA liberado el Ministerio Público del pago de las costas, por haber litigado con motivo plausible.

3°: QUEDA el acusado libre de las cautelares personales que se encontraren vigentes, decisión ya contenida en el veredicto de autos.

Redacción del magistrado Ricardo Aravena Durán.-

RIT 122-2015 RUC 1400 903 208-9.

Sentencia pronunciada por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, integrada por don Germán Olmedo Donoso quien la presidió, doña Cecilia Samur Cornejo y don Ricardo Aravena Durán, todos jueces titulares.

9. La Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia condena al imputado por el delito de robo con fuerza en lugar habitado, con voto en contra orden a señalar al delito en grado de tentado y rechaza solicitud del Ministerio Público de aplicar la agravante del artículo 12 N°14 conjuntamente con la del 12 N°16. (Primera Sala del TOP de Valdivia 25.06.2016. RIT 59-2016)

Normas Asociadas: CP ART. 440 N° 1; CP ART. 432; CP ART. 12 N° 16; CP ART. 12 N° 14; CP ART. 11 N° 6.

Tema: Circunstancias Agravantes De La Responsabilidad Penal; Delitos Contra La Propiedad; Prueba.

Descriptor: Colaboración Sustancial Al Esclarecimiento De Los Hechos; Delito Tentado.

Delito: Robo Con Fuerza En Las Cosas En Lugar Habitado.

Defensor: Felipe Saldivia Ramos.

Magistrados: Daniel Mercado Rilling, Ricardo Aravena Durán, Cecilia Samur Cornejo.

SÍNTESIS: La Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia condena al imputado por el delito de robo con fuerza en lugar habitado, con voto en contra orden a señalar al delito en grado de tentado y rechaza solicitud del Ministerio Público de aplicar la agravante del artículo 12 N°14 conjuntamente con la del 12 N°16. Los fundamentos que el Tribunal tuvo en cuenta para arribar a su sentencia fueron los siguientes: (1) las circunstancias de día, hora aproximada de los hechos, forma de ingreso al inmueble, la preexistencia y dominio de la especie mueble sustraída, se acreditó con la declaración de la víctima. (2) magistrado Ricardo Aravena Durán, fue del parecer de sancionar los hechos en grado de desarrollo tentado. Para ello ha tenido presente que el acusado fue detenido en sede de flagrancia a escasos metros del lugar y cuando habían transcurrido apenas unos minutos de verificado el ingreso al inmueble. En este contexto el acusado, registrado que fue en sus vestimentas, no portaba especie alguna, de modo que reprochar la sustracción de un reloj del modo consignado por los jueces. (3) el tribunal ha de estar a la versión del acusado quien admitió el ingreso al inmueble para apropiarse de especies, mas negó toda sustracción, sin que se cuenten con probanzas para establecer que miente, además, es su testimonio pieza clave para la decisión de la presente litis, pues difícilmente se habría logrado la condena, de lo que surge, en consecuencia que no corresponde menospreciar sus dichos en lo que respecta a este punto.(4) Que se rechaza la agravante alegada por el Ministerio Público, esto es, la contenida en el artículo 12 N°14 del Código Penal, por cuanto ésta no fue considerada en el auto de apertura, la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación; en este sentido, Fiscalía, no puede sorprender a la Defensa incorporando una circunstancia agravante no considerada en su libelo acusatorio.(5) por otra parte considerando la reñida existencia de agravantes de reincidencias con el principio de sanción exclusivamente por el hecho en concreto y no por conductas pasadas, aparece atendible los argumentos de la Defensa, en cuanto a que la intención del legislador ha sido establecer un estatuto de agravación de pena por concepto de reincidencia describiendo distintas forma en que ello puede producirse, por lo que acogida una de esas formas, y en la especie ocurrió conforme lo dispuesto en el artículo 12 N°16 del Código Penal, no es posible acoger otra forma de agravante por reincidencia, sin infringir el principio *non bis in ídem*.(considerandos 11, 12 y 13)

TEXTO COMPLETO

Valdivia, veinticinco de junio de dos mil dieciséis.

VISTOS, OÍDOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que durante la jornada del veintiuno de junio de dos mil dieciséis, ante la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, se llevó a efecto la audiencia recaída en antecedentes **RIT 59-2016; RUC 1 500 627 840-7**, para conocer de la acusación deducida por el Ministerio Público en contra del acusado **J.W.A.B.**, cédula de identidad N°xx.xxx.xxx-x, nacido 01 de abril de 1992, 24 años, soltero, domiciliado en Luis Álvarez N°2759, Población Pablo Neruda de Valdivia, actualmente cumpliendo condena en el Complejo Penitenciario de Valdivia en causa RIT 3341-2010 del Juzgado de Garantía de Valdivia con fecha de cumplimiento el 07 de julio de 2018; quien estuvo presente durante toda la audiencia

La parte acusadora, el Ministerio Público, estuvo representado por el Fiscal don Daniel Hernán Soto Soto. La Defensa del acusado estuvo a cargo del abogado de la Defensoría Penal Pública Licitada don Felipe Saldivia Ramos. Ambos intervinientes observan domicilios y forma de notificación ya registrados anteriormente en este Tribunal.

SEGUNDO: Que el **Ministerio Público** en su **alegato de inicio**, ratificó la acusación formulada en contra del acusado J.W.A.B, por considerarlo autor, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal, del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, previsto y sancionado en el artículo 440 N°1 en relación al 432 del Código Penal, en grado de consumado. Funda su acusación en los siguientes hechos: *“El día 01 de julio de 2015, alrededor de las 09:15 horas, el acusado J.W.A.B, con la finalidad de apropiarse de especies, se dirigió hasta el domicilio de doña A.Q.P., ubicado en calle Eugenio Matte N°160 Valdivia, que se encontraba momentáneamente sin moradores. Para ingresar forzó la ventana de aluminio de una dependencia destinada a dormitorio, una vez al interior sustrajo un reloj marca Zeiko, huyendo con la especie, saltando al exterior a través de la misma ventana. El imputado fue detenido por Carabineros en las inmediaciones del lugar, al ser registrado, fue hallado entre sus ropas, un destornillador marca Stanley color negro y amarillo”.*

Solicita Fiscalía, en virtud de los hechos expuestos, se condene al acusado a la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, más la accesoria legal dispuesta en el artículo 28 del Código Penal, registro de la huella genética de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 19.970 y pago de las costas del procedimiento, para lo cual pide tener presente que no concurren circunstancias atenuantes de responsabilidad penal que considerar y, en cambio, le perjudica la circunstancia agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal.

Indicó la Fiscalía la prueba directa y relevante que hará valer en el juicio con el objeto de acreditar la existencia del delito y participación del acusado en el mismo. El 01 de julio de 2015, el acusado cometió el delito descrito en la acusación; fue observado por un vecino del frente del inmueble afectado que no lo conocía y estaba forzando la ventana, luego, ingresa a la casa y el testigo llama a Carabineros, entrega antecedentes a la policía, éstos proceden a su detención; el imputado portaba un destornillador utilizado para la comisión del ilícito; la víctima no se encontraba en su domicilio y al regresar se percató que sus enseres estaban desordenados con señales de búsqueda y finalmente el acusado sustrajo la especie consistente en un reloj.

No se contienen en el auto de apertura, pero alegará la circunstancia agravante del artículo 12 N°14 del Código Penal, haber cometido el delito mientras cumple condena;

el día del hecho, el acusado, estaba en el C.E.T. de Gendarmería y consiguió permiso para salir sin guardias con la finalidad de asistir al CESFAM y de este hecho dará cuenta el Jefe de la Unidad, coincidentemente ese día se produjo la detención del encartado por este suceso.

En el **alegato de clausura**, expuso que con la prueba rendida se acreditó la existencia del delito y participación culpable del acusado. La conducta del acusado fue descrita en la acusación, ingresó por vía no destinada al domicilio de la víctima con ánimo de apropiarse de especies así lo dijo el propio encausado; con su conducta puso en ejecución el delito de robo destinado a la habitación, él revisó el interior del inmueble, la víctima después se dio cuenta que su dormitorio estaba desordenado, y le faltaba un reloj comprado por ella a su marido para el día del padre, aun cuando tenga poco valor económico, es ajena al acusado, produciéndole detrimento económico. En cuanto a la detención del imputado, no ha sido controvertida, dieron cuenta el policía **L.O.S.R.**, y **E.A.A.S.M.**, La teoría alterna de la Defensa, esto es, violación de morada, la distinción fundamental entre este último delito y el robo destinado a la habitación, es el elemento subjetivo, en este caso a pesar de no encontrarse la especie sustraída, la víctima fue explícita en indicar que su casa la dejó cerrada, su vecino vio cómo ingresó el imputado y efectivamente le faltaba a la afectada la especie que refiere. Sin perjuicio de haber sido observado por el vecino de la ofendida, el acusado tuvo tiempo suficiente para apropiarse y deshacerse de la especie; recordemos que los policías señalaron, ellos llegaron con las balizas encendidas y el hecho de no encontrar el reloj no hace decaer la existencia del delito, ya que la única persona que ingresó a una casa ajena, fue el acusado. El desistimiento planteado por el Defensor debe ser anterior y la situación de tentativa también debe realizarse en la forma de que no se dé principio a la ejecución o iniciados estos actos copulativamente concurren los requisitos establecidos en el artículo 8° del Código Penal. Mantiene su pretensión punitiva y la existencia de las circunstancias agravantes contenidas en el artículo 12 N°s 14 y 16 del Código Penal.

Durante la **réplica**, expresó respecto de la fuerza, según definición legal, es ingresar por vía no destinada al efecto, plenamente acreditada, más allá si la ventana tiene o no muescas, lo cierto es, esa casa estaba cerrada y el acusado abre la ventana e ingresa. Se cuestiona la sustracción y fue contrainterrogada la víctima, ella no tiene motivos para declarar en falso e inventar que le sustrajeron un reloj que ella guardaba en una cajita con un valor sentimental relevante. No conocía al acusado, no se puede avizorar un ánimo ganancial en su relato. Respecto del ánimo subjetivo, el profesor Matus, hace una aclaración evidente, existe una gran diferencia entre la vinculación subjetiva de la conducta con la fuerza en las cosas y la violación de morada; un bombero entra a una casa, podríamos entender que está entrando por vía no destinada al efecto, pero es relevante la vinculación subjetiva, porque el bombero va a apagar un incendio. Efectivamente el acusado dijo que entró con la finalidad de robar y su actuar no está aislado; si entró, se desistió, no quiso robar, entonces, con qué objeto registró la casa, estuvo como cuatro minutos al interior, cómo explica que haya registrado el domicilio; él puso en ejecución el hecho y un testigo lo observa manipular la ventana con un elemento que en definitiva permitió la entrada y fue encontrado en su mochila; elemento subjetivo que entrega el contexto, de lo contrario, invita al absurdo de que simplemente el acusado sólo quería entrar a la vivienda y con ese objeto abrió la ventana y registró al interior de la casa.

TERCERO: Que la **Defensa** del acusado en su **exposición de inicio**, señaló que la cuestión controvertida es acerca de apariencias; si los medios probatorios y los hechos relatados corresponden al delito de robo en lugar destinado a la habitación u otro como lo sostendrá más adelante. Hechos no controvertidos: el 1° de julio de 2015, su representado tras concurrir a un Centro de Salud, en horas de la mañana, se dirigía por la calle donde se ubica el domicilio de la víctima; efectivamente ingresó y salió del domicilio;

es cierto igualmente que fue detenido por Carabineros; se dice que fue seguido sin perderlo de vista por un vecino quien resultó ser el denunciante; por lo tanto la identidad de su defendido no está cuestionada. Existe controversia: el hecho que haya existido un forzamiento de una de las ventanas de la vivienda para ingresar y que efectivamente haya habido sustracción. La dinámica ininterrumpida y cronológica de los hechos, determina que un individuo que es visto entrar y salir; no se le pierde de vista y es detenido a pocos minutos, revisadas sus especies no se le encuentra absolutamente nada, tampoco lo vieron que se deshaga de especie alguna. Es un hecho que aparenta ser un robo en lugar destinado a la habitación, en grado consumado, bien puede considerarse en grado tentado y los hechos también responden a un delito de violación de morada violenta, establecido en el artículo 144 inciso segundo del Código Penal.

En su **exposición de cierre**, da lectura a un párrafo del libro de los profesores Matus y Ramírez a propósito de la violación de morada violenta contenida en el inciso entenderse por violencia: las vías de hecho y el uso de la fuerza que puede ejercerse tanto en las cosas como en las personas. No tiene una teoría alterna sino una conclusión, la teoría es la misma, ingresó su representado por la ventana y salió por el mismo lugar y detenido en las proximidades del lugar, en tiempo inmediato a la ocurrencia del hecho. Ha cuestionado la fuerza ejercida por falta de prueba, el testigo ocular no pudo confirmar que el imputado utilizó un elemento contundente, lo vio de espalda y movía “algo” con la mano, además, del Set N°3 observamos la fotografía del destornillador, de pequeño tamaño, es lógico que desde el frente de la calle sea de difícil ver este elemento, por lo que cobra importancia y peso, su representado no utilizó destornillador, considerando además, que la supuesta utilización de este elemento contundente, habría dejado mellas y no lo muestran las fotografías, quizás un acercamiento de la placa aún tomada con un celular hubiera sido óptimo. La víctima no notó nada extraño en su ventana, cerraba sin problemas. Igualmente cuestiona la sustracción de un reloj pulsera, marca “Zeiko” porque el testigo presencial observa desde su domicilio cuando el imputado entra y sale de la vivienda a través de la ventana, luego el testigo salió de su propiedad y espera para indicar a Carabineros descripciones de las vestimentas; el imputado es detenido en la calle próxima, en tiempo y distancia inmediatos; por lógica el acusado no salió corriendo, no se vio sorprendido en la comisión de delito alguno ni tuvo la posibilidad de desprenderse de la supuesta especie sustraída. Efectivamente la controversia jurídica está en la calificación del delito referida a una tentativa del robo versus violación de morada ajena violenta, con los mismos presupuestos fácticos, es decir, concurso aparente de leyes penales. Por último, con las pruebas rendidas y vacíos argumentales, encuentra justa lo solicitado.

El ánimo subjetivo de su patrocinado, no puede el Tribunal entender que ha sido acreditado con la declaración de su patrocinado cuando dijo que entró a la casa a robar, so pena de pasar por alto el inciso final del artículo 340 del Código Procesal Penal.

No replicó.

CUARTO: Que los intervinientes no acordaron convenciones probatorias, de conformidad con lo prevenido en el artículo 275 del Código Procesal Penal.

QUINTO: Que en presencia de su abogado Defensor el acusado J.W.A.B, fue debida y legalmente informado de los hechos descritos en la acusación que da cuenta el auto de apertura y además, advertido de sus derechos y de lo dispuesto en el artículo 326 del Código Procesal Penal, renunció a su derecho a guardar silencio y declaró exponiendo:

El fin de semana anterior, viajó el día viernes a la ciudad de Temuco, regresó el domingo en la noche. Su familia le regala útiles de aseo; estaba en el C.E.T. Volvió a la Unidad y no pudo pasar a su casa en Valdivia; su padre lo visitó llevándoles útiles de aseo

en la mochila o bolso que él tenía para su trabajo, ahí iba el destornillador de paleta que le encontraron ese día. El día de ocurrencia de los hechos tenía permiso del C.E.T., estuvo 18 meses cumpliendo sus beneficios. Él aquella mañana debía asistir al Consultorio para hacerse exámenes médicos. Caminó desde la Isla Teja a calle Picarte llegando atrasado y le cambiaron la hora. Estaba autorizado por ese Centro hasta el mediodía. Fue a dejar la mochila o bolso de su padre a la casa; para acortar camino no se fue por la Avenida, se internó por callejones y/o pasajes; iba pasando y observó la vivienda, su portón de madera y la ventana estaban entre abiertos. Ingresó por dicha ventana a una pieza, abrió la puerta de adentro y prendió las luces; estuvo unos cuatro a cinco minutos y se arrepintió; luego salió por la misma ventana; se fue caminando a su casa y lo detiene Carabineros; *andaba con su mochila y el destornillador de paleta que son de su propiedad*. Cometió el delito de haber ingresado a la propiedad que no era de él, por eso está en huelga de hambre líquida y seca en la cárcel, ya que se dice, se perdió una especie que en ningún momento sustrajo. **Consultado por la Fiscalía:** ingresó a la casa a robar y por una ventana; estaba cumpliendo condena.

La versión del acusado es en parte exculpatoria, no admite responsabilidad en la sustracción de la especie de propiedad de la víctima, sólo refiere ser culpable, según sus dichos, de haber ingresado al domicilio por la ventana y salir por el mismo lugar; sin embargo, sus argumentos no son creíbles ni verosímiles, además, no fueron respaldados por otros elementos objetivos y fiables que apoyaran su declaración; resultando una versión acomodaticia con el fin de atenuar su responsabilidad; asimismo, entra en claras contradicciones, primero, relató que la mochila o bolso de trabajo donde estaba el destornillador era de su padre, para luego indicar que al momento de su detención, la mochila y el elemento encontrado en su interior, eran de su propiedad unido a que finalmente indicó haber ingresado al domicilio a robar, situación corroborada por otros elementos de convicción aportados en la audiencia.

Sus dichos fueron razonablemente desvirtuados por la prueba de cargo rendida, como se dirá más adelante en esta sentencia.

En la oportunidad del artículo 338 del Código Procesal Penal, pidió disculpas a los afectados; continuará con su huelga, en ningún momento sustrajo nada; cometió el delito de ingresar a la propiedad, pero salió; el vecino del frente de la casa afectada lo vio salir por la misma ventana, si hubiera botado el reloj también habría arrojado el destornillador, en evento de haberse percatado de la presencia de Carabineros. No le encontraron el reloj. Ingresó a una propiedad que no era de él, “no para los años que están pidiendo”; agrega, él tenía beneficio dominical, fines de semana y trabajaba en mueblería, ganaba bien, si hubiera sido un ladrón no habría cumplido 18 meses cumpliendo beneficios. *Versión que no será valorada por el Tribunal, por no haberse sometido al pertinente contradictorio.*

SEXTO: Que con los medios de prueba rendidos en el juicio, atendida su coherencia y verosimilitud de los hechos sobre los que versan, apreciadas libremente de conformidad a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, no contradicen los principios de la lógica, las máximas de la experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados, el Tribunal arribó a la decisión de condenar al acusado, al tener por acreditados, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos:

“El día 01 de julio de 2015, alrededor de las 09:15 horas, el acusado J.W.A.B, con la finalidad de apropiarse de especies, se dirigió hasta el domicilio de Adela Quintuman Pirquiante, ubicado en calle Eugenio Matte N° 160 Valdivia, que se encontraba momentáneamente sin moradores.

Para concretar su actuar, ingresó por la ventana de aluminio de una dependencia destinada a dormitorio y de esta forma acceder al interior del inmueble.

Una vez en la vivienda, registró el dormitorio de la víctima y sustrajo un reloj, marca Zeiko, salió hacia el exterior a través de la misma ventana.

El imputado fue detenido por Carabineros en las inmediaciones del lugar y al ser registrado, fue hallado en la mochila que portaba un destornillador, sin recuperar la especie sustraída.”

SÉPTIMO: Que con el fin de acreditar las proposiciones fácticas descritas anteriormente, así como la participación del acusado en las mismas, el Tribunal ha considerado principal y fundamentalmente los siguientes medios de prueba que se analizarán y valorarán a continuación:

1).- Concurrió a estrado la víctima, A.Q.P., señalando no conocer al acusado. Los hechos sucedieron en julio de 2015, ese día salió de su casa a dejar un hijo al colegio, antes de las 8:00 horas. Llegó a su domicilio entre las 09:30 a 10:00 horas a buscar unos documentos y continuar con trámites; no se dio cuenta de nada; nuevamente cerró su puerta e iba saliendo cuando un vecino le dijo: vecina, no notó nada raro en su casa, porque entró una persona a su hogar, ella regresa, miró y no encontró nada anormal; abre la puerta de su pieza y estaba todo desordenado con señas de registro. Al salir, su casa estaba ordenada; las ventanas y puertas quedaron cerradas; al regresar la puerta de su casa estaba cerrada; al ingresar a su pieza apreció que la cortina la habían arreglado. La ventana al salir, reitera, estaba cerrada, es tipo corrediza con un “ganchito” de seguridad. Al revisar su dormitorio se dio cuenta del desorden, pensó para sí, qué se habrá llevado la persona si ella no tiene nada de valor, ordenó y abrió una caja de madera, efectivamente no estaba su reloj que incluso tenía su pila mala, marca “Zeiko”; relatando este hecho a Carabineros.

La Fiscalía le exhibe el Set fotográfico N°1, signado con la letra C) otros medios de prueba del auto de apertura, correspondiente al exterior del inmueble afectado; la testigo indica: fotografía N°2, con la fecha se aprecia la ventana de su inmueble donde ella vivía; fotografía N°3, la ventana de su dormitorio abierta.

Igualmente le exhibe el Set fotográfico N°2, correspondiente al sitio del suceso; fotografía N°3, ilustra su cómoda de su dormitorio y ropas botadas; fotografía N°5, no aprecia bien la imagen, está borrosa, añade, podría ser la cómoda de su dormitorio, observa un cajón abierto. La caja de madera referida estaba al lado de un televisor en la pieza; fotografía N°4, da cuenta de su pieza toda desordenada; no la dejó así cuando salió. En ese domicilio vivía con su esposo e hija; **Contrainterrogada por la Defensa:** cuando se produjo la detención del imputado, ella no estaba en su domicilio; y se acercó a Carabineros, señalándoles que le faltaba un reloj con brazalete de cuero, color negro, marca “Zeiko”. Las fotografías las tomó Carabineros, no las había visto antes, no había llegado aún a su domicilio. Entró a su dormitorio y apreció el desorden; al entrar vio que la ventana estaba igual y su vecino le relató que Carabineros había arreglado, pusieron la cortina sobrepuesta y habían cerrado la ventana. No le dijo su vecino que Carabineros había entrado a su vivienda, ella entiende que no, porque la puerta estaba cerrada. **Aclarando sus dichos:** el reloj se lo compró a su marido mucho tiempo atrás, para el día del papá, estaba de recuerdo, tenía valor sentimental, estaba en esa caja como un año, siempre revisa la caja porque guarda, aros, etc., la cajita es cerrada, pero se abría fácilmente. Revisó su casa, ¿tenía signos de haber sido forzada su ventana? Ella no vio nada, sólo su vecino dijo que él (acusado) estaba abriendo la ventana, después cerraba bien la ventana. Su vecino la alertó y vio su dormitorio; el resto de la casa estaba ordenada. No recuerda cuánto le costó el reloj, lo compró a bajo precio, menos de \$10.000.- serían unos \$5.000.-

La declaración de la víctima resultó del todo creíble y verosímil, siendo útil para acreditar la existencia del delito. En efecto, señaló haber dejado su casa habitación que

compartía con su familia, debidamente cerrada y ordenada al salir a dejar al colegio a un hijo, antes de las 08:00 horas. Regresó en unas horas a retirar documentos y continuar realizando trámites, no apreciando nada anormal al interior del domicilio; saliendo del mismo, se entera por un vecino, habían entrado a su hogar, y al abrir la puerta de su dormitorio encontró todo desordenado, existían evidentes signos de registro; al ordenar su pieza pensaba que podrían haber robado, si ella no tenía nada de valor y finalmente se dio cuenta que desde el interior de una caja de madera, le habían sustraído un reloj con brazalete de cuero color negro, marca “Zeiko” que ella le había regalado, hace tiempo, a su marido para el día del padre; tenía un valor sentimental más que económico.

De la versión de la ofendida y contexto material que describe, no aparecen elementos espurios, resultan sus dichos plausibles y fiables, más aún cuando no conocía al encausado demostrando con ello que lo reseñado por el acusado no sólo aparece inverosímil sino que totalmente desvinculada de toda prueba que la transforme siquiera en mínimamente creíble; incluso señaló que la mochila era de su padre utilizada por éste para trabajar y en ella fue a dejarle útiles de aseo al C.E.T. y allí quedó el destornillador, entonces, por qué no concurrió su padre a manifestar aquello o es que finalmente se impuso la verdad en el sentido que tanto la mochila como el elemento contundente eran de su propiedad, cómo también lo manifestara en estrados el acusado.

2).- Atestado del testigo ocular de los hechos, H.F.L.L. refiriendo que el 01 de julio de 2015, salió fuera de su casa a picar leña y sintió ladrar el perro de la casa del frente, observando a una persona que estaba forzando una ventana con “algo”, no sabe qué. Pensó que el perro no podía desconocer a su amo; luego ingresó a la casa, lo miró a través de la ventana, cuando se dio vuelta, esta persona no era del lugar, nunca lo había visto antes; surgieron sus sospechas; este individuo estaba forzando una ventana de aluminio, la abrió fácil e ingresó, en los momentos que ingresaba al domicilio, llamó a Carabineros, éstos demoraron unos cuatro minutos, la persona había salido del inmueble dirigiéndose hacia la esquina. La policía se detuvo frente al domicilio de la víctima y de él, indicándoles a estos por dónde se había ido el sujeto; ellos lo detuvieron en calle 5 de octubre. Explica, que al inicio el hombre no pudo abrir la primera ventana, después se dirigió a la ventana de aluminio; lo apreció de espaldas, sólo vio movimientos de sus brazos intentando abrir la ventana; no sabe con qué elemento, no pudo abrirla y se dirigió a la otra ventana construida de aluminio; igualmente hizo movimientos con la manos; no apreció ningún objeto. A Carabineros le hizo señas en la calle para que lo alcanzaran, después volvieron con la persona; entraron a su casa y le tomaron declaración, relatando los hechos.

Esa persona portaba una mochila negra, llevaba un gorro color rojo, por eso Carabineros lo ubicó y detuvo. No vio la detención del individuo, se quedó en su casa retomó sus labores; después regresó Carabineros con el detenido. **Contrainterrogado por la Defensa:** señaló que ingresó a su casa para observar qué hacía este hombre que portaba una mochila negra y un gorro color rojo, cuando ingresó por la ventana a la vivienda llamó a Carabineros, pues cuando se dio la vuelta esta persona al no poder abrir la primera ventana, era desconocido; y se dirigió a la otra ventana de material aluminio e ingresó a la casa. Señala que el perro desconoció a su amo, por esa razón ladraba desesperadamente. Reitera que al llamar a Carabineros le entregó todos los antecedentes y de lo observado por él, una vez que lo detuvieron regresan a su casa y le tomaron declaración; no vio a la persona detenida; por las indicaciones de la vestimentas se supone era la misma persona. No sabe si Carabineros ingresó a la casa de su vecina. Aclarando sus dichos al Tribunal: vio al sujeto cuando salió por la misma ventana que ingresó -el portón no tiene tranca- luego éste caminó y portaba sólo una mochila.

El testimonio que antecede resulta creíble y objetivo, se encuentra revestido de la debida imparcialidad, considerando la inexistencia de intereses espurios o personales en

el resultado del juicio. Manifestó que el 1° de julio de 2015, se encontraba fuera de su casa, picando leña y sintió ladrar el perro de la vecina del frente, pudiendo apreciar desde el interior de su casa que un sujeto, no conocido del lugar, intentó abrir una ventana, cómo no pudo, se dirigió a otra ventana construida de aluminio, apreciando el movimiento que realizaba con sus manos y brazos, luego ingresó al domicilio y después salió por el mismo lugar; antecedentes que entregó a Carabineros a quienes esperó en la vía pública indicando por dónde se había dirigido caminando el imputado, les indicó cómo vestía, incluso andaba con un jockey color rojo y una mochila. En este sentido, su versión en lo nuclear es coincidente con la prestada por el acusado en la audiencia.

Su atestado es útil para forjar convicción en el Tribunal acerca de la existencia del delito y participación del acusado en el mismo.

3).- Declaración de L.O.S.R., Sargento 2° de Carabineros, quien refirió que se enteró de los hechos el 01 de julio de 2015, estaba de servicio de primer turno en la población y recibió un llamado de CENCO, manifestando que en calle Eugenio Matte N°160, había ingresado un individuo, vestía ropas oscuras, jockey y una mochila. Concurrieron en forma inmediata al lugar en el furgón policial con las balizas encendidas en todo momento y divisaron a este sujeto con las mismas características en dirección a Errázuriz; en la vía pública estaba también el testigo sindicando a la persona que había ingresado al domicilio y él había observado. Lo controlaron al imputado en calle 5 de octubre con Eugenio Matte, revisaron sus vestimentas; al interior de la mochila encontraron un destornillador. Posteriormente, entrevistaron al testigo, quien manifestó que alrededor de las 09:15 horas estaba en su domicilio, salió con la finalidad de recoger leña; en ese momento escucha a los perros ladrar fuertemente, observando que en la casa del frente N° 160, estaba una persona que vestía una chaqueta, jean, un jockey con visera color rojo, portando una mochila, este individuo estaba forcejando la ventana, ingresa por esa vía al domicilio, dando cuenta inmediatamente de lo sucedido, observando que esta persona vuelve a salir por la ventana, continua su marcha y avisa de esta situación a Carabineros. Llama la atención que este testigo no tenía parentesco con la víctima, simplemente era su vecino.

El Ministerio Público exhibe el Set N°1, conteniendo cuatro fotografías del exterior del inmueble afectado; el deponente explica: fotografía N°1, da cuenta del domicilio afectado N° 160 de calle Eugenio Matte; fotografía N°2 y N°3, la ventana que el testigo apreció fue forzada e ingresó el imputado; fotografía N°4, en la ventana se observa que utilizaron un elemento para forzar e ingresar al domicilio.

Igualmente exhibe el Set fotográfico N°2, correspondiente al sitio del suceso; el testigo señala; fotografía N°1, da cuenta dónde forzaron y utilizó el elemento contundente que portaba el imputado; fotografía N°2, ilustra seguros de la ventana, se aprecia en el marco de dicha ventana; fotografía N°3, el interior del dormitorio encontrado en esas condiciones por la víctima; ésta posteriormente fue a la Subcomisaria y se le tomó declaración –apreciándose ropas esparcidas, en el suelo, cajones abiertos-. Fotografías N° 4 y N°5, el dormitorio registrado por el imputado y desorden al interior de la pieza y la víctima manifestó la sustracción de un reloj.

Por último, la Fiscalía, exhibe el Set fotográfico N°3, el deponente expresa: fotografía N°s 1 y 2; el destornillador encontrado al interior de la mochila que portaba el acusado al momento de su detención.

Expresa, la ventana estaba forzada, lo sabe porque el testigo ocular manifestó que había observado a este individuo en esta actividad. Al momento de los hechos, la víctima no se encontraba en el domicilio, había ido a dejar a su hija menor al colegio y regresó alrededor de las 10:30 horas de la mañana, después se presentó en la Unidad policial manifestando que le faltaba un reloj. **Contrainterrogado por la Defensa:** el testigo y

vecino del frente de la afectada llamó a Carabineros denunciando los hechos. El testigo lo vio huir del lugar, reconoció al imputado por sus vestimentas y nunca lo perdió de vista. La detención del imputado fue en la calle paralela a Eugenio Matte, es decir, 5 de octubre en una esquina con calle Errázuriz. El testigo salió del domicilio, estaba divisando al imputado. Desconoce cuántos metros existen desde el lugar de la detención a la casa afectada. Ellos observaron al acusado y al testigo ocular del hecho, éste ratificó que corresponde al individuo que ingresó y salió del inmueble. En su mochila el imputado llevaba un destornillador, no se encontró ninguna otra especie.

4).- Relato de E.A.A.S.M., Cabo 2° de Carabineros, señalando las diligencias realizadas en el marco de la investigación: tomó declaración al testigo ocular, ese día concurrió al sitio del suceso, era conductor del furgón policial. El testigo presencial, H.F.L.L., manifestó haber observado desde su domicilio el ingreso de un individuo al domicilio de su vecina del frente, vestía ropas oscuras, con jockey y una mochila, sorprendiéndolo forcejeando una ventana de aluminio, luego, lo vio ingresar al interior, allí estuvo cuatro a cinco minutos al interior de la vivienda; en esos momentos llamó a Carabineros dando cuenta de las vestimentas del imputado, así lo informó CENCO, conforme a ello, al llegar al lugar del suceso, la persona fue observada desde calle Errázuriz y 5 de Octubre, haciendo presente que cuando llegaron al lugar, el testigo estaba en la vía pública, haciéndoles señas, para que ellos no pasaran de largo, especificando dónde se había desplazado el sujeto, nunca lo perdió de vista. Fiscalizaron al imputado, corroborando que correspondían sus vestimentas y procedieron a su detención. Al registro del sujeto encontraron al interior de una mochila que éste portaba, un destornillador, especie incautada previamente y así subirlo al furgón. La víctima se presentó en la Subcomisaria, entregó su versión, manifestando que le faltaba entre sus cosas un reloj. El imputado, se negó a firmar el acta de derechos del detenido. Empadronó a un testigo que vive en la parte posterior del domicilio afectado. Asimismo revisaron la ventana, estaba abierta, percatándose de algunos piquetes en el marco de aluminio en un costado, signos de haber sido forzada. Cuando se fueron la ventana quedó abierta.

El Ministerio Público exhibe el Set N°1, el testigo señala: fotografía N°3, da cuenta de la ventana, quedó abierta, indica signos o piquetes observados en el costado izquierdo y al centro de la ventana; fotografía N°4, refiere el sector donde estaban las muescas en la ventana, en el seguro, estaba doblado, señal de haber sido forzada; **Contrainterrogado por la Defensa:** la ventana de aluminio está sujeta al marco de madera, los piquetes, estaban tanto en el aluminio como en la madera. Las fotografías fueron tomadas por el Carabinero . No recuerda si tomaron una cercana a los piquetes, tampoco alguna que indicara una comparación entre los piquetes con el destornillador. **Aclarando sus dichos:** la patrulla policial estaba constituida por el Sargento L.O.S.R, J.C. quien tomó las fotografías con un teléfono celular y él. Llegaron al sitio del suceso aproximadamente a las 09:20 horas, se retiran como a las 10:30 horas. La propietaria no estaba en el inmueble, el testigo lo ratificó en el sentido que no había nadie, la víctima posteriormente dijo en su declaración que salió como a las 07:00 horas a dejar a su hija al colegio. Dejaron la ventana sin su seguro, pero cerrada. **Re interrogado por el Fiscal:** quedó la ventana sin seguro, se cierra por dentro. Al llegar al lugar las hojas de la ventana estaban abiertas y cuando se fueron, no recuerda, sólo que quedó sin seguro.

Los testimonios que anteceden resultan creíbles y objetivos, se encuentran revestidos de la debida imparcialidad, considerando la inexistencia de intereses ilegítimos o personales en el resultado del juicio dada precisamente su calidad de funcionarios públicos. En efecto, informaron al Tribunal cómo tomaron conocimiento del hecho acontecido el 1° de julio de 2015, CENCO informaba que se denunciaba que en calle Eugenio Matte N°160, había ingresado un individuo, vestía ropas oscuras, un jockey y una mochila. Concurrieron en forma inmediata al lugar en el furgón policial con las balizas

encendidas y divisaron a este sujeto con las mismas características en dirección a Errázuriz; estaba en la vía pública el testigo presencial y denunciante, sindicando a la persona que había ingresado al domicilio y él había observado forzando la ventana e ingresando y luego lo vio salir por el mismo lugar. Controlaron al imputado en calle 5 de octubre paralela a calle Eugenio Matte, en una esquina; luego al revisar su mochila al interior le encontraron un destornillador. El Carabinero Juan Cárdenas tomó fotografías con su celular y, conjuntamente con sus testimonios se incorporaron las imágenes exhibidas en la audiencia correspondiente al interior y exterior del inmueble y la especie hallada en poder del acusado.

En cuanto a la fuerza ejercida por el encartado sobre la ventana, cuestionada por la Defensa; debemos consignar que no existió calidad probatoria que se corresponda con la fuerza ejercida que permitiera ser acreditada de manera fehaciente, precisamente por las condiciones del inmueble, esto es, de madera, con evidentes signos de deterioro; unido a las fotografías de mala calidad, sin embargo, al encontrar Adela Quintumán en total y absoluto desorden su dormitorio con señales evidentes de registro en busca de especies de valor, habiendo además, dejado su domicilio con todos sus accesos cerrados, resultó evidente la entrada del acusado a la dependencia de dormitorio por vía no destinada al efecto, es más, puede inferir razonablemente que el imputado bien pudo haber utilizado el elemento que portaba para abrir la ventana o simplemente ejercer fuerza con sus manos sin ayuda de algún elemento externo, al apreciar el testigo que el imputado hacía movimientos con sus manos, es decir, manipulando la ventana, además, la lógica y las máximas de la experiencia nos indican que ese tipo de ventanas son de fácil acceso. Finalmente el hecho de que la ventana no tuviera tan visibles las muescas, lo cierto es, que la casa de la víctima estaba cerrada y el acusado ingresó por la ventana a la dependencia destinada a dormitorio. En relación al hecho que no fuera encontrada en poder del acusado la especie sustraída, perfectamente pudo deshacerse de ella en el trayecto hasta el momento de su detención, situación que resulta recurrente en este tipo de delitos y tuvo tiempo suficiente para hacerlo unido al hecho que el furgón de Carabineros, en todo momento llevó sus balizas encendidas, así lo manifestó el Sargento Leonardo Silva.

Con lo anterior, deseamos la petición del Sr. Defensor en el sentido que estamos frente a la figura penal contenida en el artículo 144 inciso segundo del Código Penal, desde que se acreditó el dolo o ánimo subjetivo del encausado en estos hechos, con la declaración creíble y objetiva de la víctima que dio cuenta del registro total de su dormitorio refrendado por las fotografías exhibidas relativas al interior del inmueble afectado y finalmente concordante con los dichos del acusado quien refirió que ingresó a la casa por la ventana con la finalidad de robar; siendo así, no se trasgrede el inciso final del artículo 340 del Código Procesal Penal, como lo insinuó la Defensa.

5).-Depuso en la audiencia **E.S.E.**, Oficial de Gendarmería, Jefe de la Unidad C.E.T. Valdivia, quien indicó al Tribunal que el 01 de julio de 2015, el acusado vivía en el recinto de Gendarmería de Chile, ubicado en la Isla Teja, estaba bajo la responsabilidad de ellos, fue transferido del Complejo a esa Unidad de estudio y trabajo, postuló y se le dio la facilidad para que trabajara en ese Centro, estaba condenado por delito relacionado con robo en lugar habitado si mal no recuerda. Ese día el imputado no estuvo en el Centro, salió minutos antes de las 08:00 horas con destino al CESFAM emplazado en Avenida Picarte llamado Jorge Sabat. Se le tramitó una atención para realizar exámenes médicos; salió el acusado sin custodia directa, según autorización contenida en Decreto N°943. Carabineros le informaron que el acusado estaba detenido. **Contrainterrogado por la Defensa:** estaba en el CET **J.W.A.B.**, más de cinco a seis meses; podía salir esporádicamente sin custodia. No tuvo otras salidas, sólo autorizado para dirigirse al Centro de Salud para realizarse exámenes médicos hasta la 12:00 horas de aquel día. Ignora si tenía el condenado beneficios de fin de semana. **Aclara sus dichos:** el acusado

estaba cumpliendo condena.

La declaración del Oficial de Gendarmería, da cuenta que el acusado el día del suceso, 1° de julio de 2015, se encontraba afuera del Centro de Estudio y Trabajo a cargo de Gendarmería de Chile, autorizado para realizarse exámenes médicos, sin custodia directa de acuerdo a la reglamentación vigente.

OCTAVO: Que la Defensa del imputado, rindió como prueba la misma ofrecida por el Ministerio Público, en relación a los mismos puntos, sin aportar otra autónoma o independiente.

NOVENO: Que los hechos acreditados, satisfacen los requisitos del ilícito materia de cargo, permitiendo al Tribunal adquirir convicción más allá de toda duda razonable el delito consumado de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, desde que se han acreditado en la audiencia todos y cada uno de los elementos jurídicos y presupuestos fácticos de dicho tipo penal, al tenor del artículo 440 N°1 del Código Penal en relación al artículo 432 del mismo cuerpo legal, cometido el 01 de julio de 2015 alrededor de las 09:15 horas en el inmueble ubicado en calle Eugenio Matte N°160 de esta ciudad, de especies de propiedad de A.Q.P. y el encartado **J.W.A.B.**, tomó parte directa e inmediatamente en el mismo, en calidad de autor material, conforme lo preceptuado en el artículo 15 N°1 del Código Punitivo, ya que éste, mediante conductas concurrentes a la realización del fin propuesto, vale decir, sustracción y apropiación de especies muebles ajenas con ánimo de lucro, aprovechando que transitoriamente el inmueble estaba sin moradores y debidamente cerrado; utilizó medios directos e idóneos, ingresando por la ventana del dormitorio de la afectada, desarrollando acciones de registro y luego salió por el mismo lugar con la especie de propiedad de la víctima, un reloj marca Zeiko que estaba al interior de una caja de madera.

Es así, como las circunstancias de día, hora aproximada de los hechos, forma de ingreso al inmueble, la preexistencia y dominio de la especie mueble sustraída, se acreditó con la declaración de la víctima A.Q.P. al haber expuesto en forma clara y circunstanciadamente lo ocurrido en aquella oportunidad, en cuanto desde su domicilio el que estaba debidamente cerrado y momentáneamente sin sus moradores, fue sustraído un reloj, marca Zeiko, que estaba en una caja de madera en el interior de su dormitorio, el que tenía signos de registros. Sus dichos fueron refrendados por el testigo H.F.L.L., dando cuenta al Tribunal lo percibido por sus sentidos respecto a los hechos materia de la acusación, en específico sobre las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores al suceso, en el sentido de haber observado al encausado cuando ingresaba por la ventana del inmueble de la víctima y salía por el mismo lugar, señalando no haberlo perdido de vista y entregando las características de las vestimentas del imputado, quienes lo detuvieron a escasos metros del lugar del suceso. Concordante con los testimonios anteriores, declararon los funcionarios de Carabineros, L.O.S.R. y E.A.A.S.M., en cuanto explicaron de un modo coherente y armónico, las circunstancias que permitieron la detención del acusado así como la inspección del sitio del suceso, haber encontrado abierta precisamente la ventana del dormitorio de la vivienda afectada; también dieron cuenta de la detención del acusado en las inmediaciones del lugar y éste portaba en una mochila un destornillador. Igualmente se recibió el relato del Teniente Coronel Jefe de Unidad C.E.T Valdivia, E.S.E., quien refirió el día y horario en que se autorizó salir al acusado y de la información entregada por Carabineros sobre los hechos en que participó el acusado **J.W.A.B.**

La narración de los funcionarios policiales que llegaron al sitio del suceso e intervinieron en diligencias de investigación, resultaron respaldadas por fotografías que ilustraron el lugar de los hechos y la especie encontrada en poder del acusado al momento de su detención, antecedentes que guardan armonía con lo depuesto por la víctima sumada a la declaración del funcionario a cargo de la Unidad C.E.T de

Gendarmería de Chile, elementos de convicción que finalmente arrojan fiables y contundentes antecedentes unívocos, en cuanto a establecer que el hecho aconteció tal como lo plasmara el Ente Acusador en su acusación, logrando comprobarse la participación del acusado **J.W.A.B** en su calidad de autor del ilícito en cuestión.

En cuanto a la calidad del inmueble destinado a la habitación, se acreditó con la declaración de la víctima, unido a los dichos de funcionarios de Carabineros y fotografías exhibidas en la audiencia, las que dan cuenta que la casa afectada servía de morada a la afectada y estaba adornada con enseres propios de ésta.

La fuerza empleada en la comisión de los hechos en la modalidad de escalamiento, se acreditó a diferencia de la señalado por la Defensa, desde que el imputado ingresó por vía no destinada al efecto, por la ventana del dormitorio del inmueble; hecho establecido con la versión entregada por la víctima y testigos que depusieron en la audiencia.

El ánimo apropiatorio, está dado por la aprehensión material de especie mueble ajena, sin la voluntad de su dueña, saliendo de la esfera de resguardo de esta última.

El ánimo de lucro, está asociado a la naturaleza de carácter económico de lo apropiado, permitiendo concluir que la intención del acusado era obtener provecho patrimonial con su apoderamiento, requisito que por lo demás basta se tenga a la vista para la ejecución del hecho, aunque el enriquecimiento no sea real.

El delito se encuentra en grado de desarrollo consumado y no en grado tentado, desde que el encartado ejecutó las acciones tendientes a apropiarse de la especie, la que salió de la esfera de custodia de su dueña.

Que los medios de prueba que han sido ponderados particularmente en el motivo séptimo que antecede, ha posibilitado reconstruir los hechos de forma tal que han permitido al Tribunal llegar a la convicción acerca de su existencia, circunstancias de tiempo y lugar en el que se desarrollaron y la persona que tomó parte en el mismo.

Por otra parte, no observó en estos deponentes alguna animosidad hacia el acusado que impida restarles mérito probatorio a sus dichos.

Además, la prueba fotográfica incorporada mediante exhibición y proyección en la audiencia a los testigos, fueron reconocidas y explicadas por éstos, han permitido ilustrar al Tribunal, acerca del sitio del suceso, la vía de ingreso al interior del inmueble utilizada por el acusado; y la sustracción del reloj de la víctima, previo registro de toda la dependencia destinada a dormitorio; todo lo cual ha permitido a los sentenciadores formar convicción y reconstituir las proposiciones fácticas señaladas en el cuerpo de esta sentencia.

Por último, atendida la entidad de la prueba rendida en el juicio por el Ministerio Público, el Tribunal procede a acoger, estimándola suficiente y dándole pleno valor para el establecimiento de los hechos y participación que se atribuye al acusado en los mismos.

DÉCIMO: Que la teoría planteada por la Defensa, en orden a recalificar los hechos por el delito de robo destinado a la habitación en grado tentado o por un delito de violación de morada violento, *fue desestimada*, pues la prueba de cargo ha sido consistente y congruente en cuanto a establecer que el acusado tuvo intervención en calidad de autor directo en el delito en comento, quedando acreditado y pudiendo inferirse razonable e inequívocamente que el acusado ingresó al domicilio de la víctima a sustraer especies, entrando por el mismo lugar que egresó, esto es, por la ventana de un dormitorio del inmueble, siendo detenido por la policía en la inmediaciones del lugar en un tiempo inmediato del hecho portando en una mochila un elemento destinado a la comisión

de este ilícito como es un destornillador; dinámica fáctica de la que sólo se puede colegir que el encausado tuvo la intención positiva de llevar a cabo el delito y obtener un provecho patrimonial con el apoderamiento de la especie ajena; de esta forma el Ente Persecutor pudo destruir el principio de inocencia que amparaba a **J.W.A.B**

Los hechos probados no califican un delito de violación de morada violenta, establecido y sancionado en el artículo 144 inciso segundo del Código Penal, desde que el dolo directo o ánimo subjetivo del acusado en el ilícito por el cual se sanciona a éste, como ya se dijo anteriormente, se acreditó con la declaración verosímil, creíble y objetiva de la víctima en cuanto el evidente registro de la dependencia destinada a dormitorio para apropiarse de especies corporal muebles sin la voluntad de su dueña y con ánimo de lucro, corroborado con fotografías exhibidas en la audiencia y finalmente refrendada por los dichos del propio acusado en estrados.

UNDÉCIMO: Audiencia prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal.

Fiscalía: para fundar y acreditar las circunstancias agravantes del artículo 12 N°14 y 16 del Código Penal, incorpora los siguientes documentos: extracto de filiación y antecedentes, registra anotación: **1).**-causa RIT 40-2011, del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, condenado el acusado el 06 de junio de 2011, a la pena de 7 días y 184 días de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito consumado de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, cometido el 20 de julio de 2010 en esta ciudad; **2).** Copia autorizada de la sentencia condenatoria dictada por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, de fecha 06 de junio de 2011, relativa a lo reseñado en el número anterior; acompañando certificado de ejecutoria de dicha sentencia con fecha 21 de julio de 2011; **3).**- Unidad C.E.T informe de Novedades N°27 del 1° de julio de 2015, tipo de novedad: quebrantamiento de condena. Fecha y hora de ocurrencia: 18:00 horas del día 1° de julio de 2015, C.E.T. Valdivia. El interno **J.W.A.B**, condenado por el Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia RUC 1000659468-4, Descripción del hecho: el recluso señalado, siendo las 07:55 horas salió autorizado con destino al Consultorio Jorge Sabat Gozalo de esta ciudad con la finalidad de efectuarse exámenes de carácter médico en dicho centro y en la medida que el recluso no se presentaba en el C.E.T. se procedió a efectuar indagaciones y dieron como resultado que el personal de Carabineros del Retén Isla Teja, informó que el recluso se encontraba detenido por el delito de robo en lugar habitado y en procedimiento policial. Al tenor de los antecedentes el recluso quebranta su condena por comisión de un nuevo delito.

Pidió se imponga la pena en un grado superior, dado la concurrencia de dos circunstancias agravantes, esto es, presidio mayor en su grado medio.

Defensa: pide se acoja la atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 N°9 del Código Penal, colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos por su declaración en estrados, ha indicado su representado que ingresó al domicilio para robar, extrayendo conclusiones el Tribunal para determinar la existencia de un delito consumado de robo destinado a la habitación, es relevante, las pruebas rendidas para acreditar la sustracción y ánimo de lucro a través de los dichos de la víctima unido a lo expuesto por funcionarios policiales están encadenadas a la versión del acusado, quien señaló: forma de ingreso, maniobras realizadas, tiempo que permaneció en la dependencia, su salida y huida, además, reconoció el porte del elemento encontrado por la policía en instancias inmediatas a su detención. Respecto a las circunstancias agravantes, alega en contra de la del artículo 12 N°14 del Código Penal, no sólo por no estar incluida en el auto de apertura, a juicio de la Defensa, no procede argumentar la procedencia de dos agravantes, por una razón histórica y sentido común de la legislación. En la Comisión Redactora del Código Penal, año 1874, se utilizó como modelo el Código Español, éste no contemplaba ninguna circunstancia agravante como la indicada en el artículo 12 N°14, fue propuesta por el Comisionado Fabres y Gandarillas, estas circunstancias vienen a

determinar la reincidencia. El profesor Novoa, señaló que correspondía el artículo 12 N°14 a una reincidencia ficta o impropia y la contenida en el artículo 12 N°15 y N°16, reincidencia propia, siendo característica de ésta la comisión de un nuevo delito cuando la pena anterior ha sido cumplida; la ficta o impropia, cuando la pena no estaba cumplida. Las circunstancias agravantes del artículo 12 N°s 14, 15 y 16, tienen un elemento común "la mala fama del reo", así dijo Fabres y Gandarilla en su oportunidad; también lo comentó Fuenzalida. Como contrapartida tienen el artículo 11 N°16 del Código Penal, conducta pretérita virtuosa del encausado. Ambas agravantes alegadas, tienen el mismo factor común, la conducta previa, la reincidencia está considerada en una de las agravantes, esto es, la reincidencia específica y la Defensa no la discute. Entonces, provisto su representado de una agravante y una atenuante solicita se aplique la pena en el mínimo.

Réplica de Fiscalía: en cuanto a la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, reconocerla sería contradictorio a lo resuelto por el Tribunal, en atención que la declaración del acusado contiene una modalidad o comisión del delito distinta y la prueba indiciaria, da cuenta del ánimo apropiatorio; ningún punto oscuro aclara la versión del imputado.

Réplica de la Defensa: su representado ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos con circunstancias fácticas y la calificación jurídica está reservada para al Tribunal.

DUODÉCIMO: Circunstancia atenuante de responsabilidad penal.

En cuanto a la circunstancia atenuante de responsabilidad contenida en el artículo 11 N°9 del Código Penal, invocada por la Defensa; colaborar sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, el Tribunal la acogerá, por cuanto el acusado prestó declaración voluntaria en la audiencia de juicio y, si bien no coincidió en plenitud con los hechos establecidos, éste confesó haber ingresado al domicilio de la afectada por la ventana y haber salido por el mismo lugar; señaló el tiempo que estuvo en el interior de la vivienda, siendo un dato relevante que el imputado fue detenido por Carabineros en virtud de antecedentes relativos a las vestimentas entregados por el testigo ocular, sin ser presentado a este último después de la aprehensión, además, reconoció, el porte del elemento contundente encontrado por la policía al interior de la mochila que llevaba; circunstancias que permiten que la conducta del enjuiciado sea favorecida con tal minorante, no obstante, haber sostenido que no se apropió de especie alguna y la ventana estaba entre abierta, premisas que resultaron desvirtuadas mediante prueba confiable y plausible rendida, ponderada en esta sentencia.

DÉCIMO TERCERO: Circunstancia agravante de responsabilidad penal.

1).- Que en lo que respecta a la agravante de reincidencia específica invocada por el Ministerio Público contemplada en el artículo 12 N°16 del Código Penal, será acogida por el Tribunal, toda vez que se dan los presupuestos para hacer lugar a ella, desde que los elementos de prueba aportados por Fiscalía, esto es, el extracto de filiación y antecedentes del acusado unido a la copia autorizada de la respectiva sentencia dictada el 06 de junio de 2011, por este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, en causa RIT 40-2011 RUC 1000659468-4, como autor del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación cometido el 20 de julio de 2010, alrededor de las 8:30 horas en esta ciudad, a la pena de siete años y ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo y habiéndose incorporado además el respectivo certificado de ejecutoria, revelan que el acusado es reincidente en delito de la misma especie, no habiendo transcurrido el plazo y por consiguiente el efecto procesal del artículo 104 del Código Penal; por unanimidad, la agravante es acogida.

2).- Que se rechaza la agravante alegada por el Ministerio Público, esto es, la contenida en el artículo 12 N°14 del Código Penal, por cuanto ésta no fue considerada en el auto de apertura, teniendo en consideración sólo la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal, indicó la pena cuya aplicación solicitó, dando cumplimiento a la letra g) del artículo 259 del Código Procesal Penal; debemos tener presente además, lo preceptuado en el artículo 351 del Código Procesal Penal; la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación; en este sentido, Fiscalía, no puede sorprender a la Defensa incorporando una circunstancia agravante no considerada en su libelo acusatorio.

Por otra parte considerando la reñida existencia de agravantes de reincidencias con el principio de sanción exclusivamente por el hecho en concreto y no por conductas pasadas, aparece atendible los argumentos de la Defensa, en cuanto a que la intención del legislador ha sido establecer un estatuto de agravación de pena por concepto de reincidencia describiendo distintas forma en que ello puede producirse, por lo que acogida una de esas formas, y en la especie ocurrió conforme lo dispuesto en el artículo 12 N°16 del Código Penal, no es posible acoger otra forma de agravante por reincidencia, sin infringir el principio *non bis in ídem*, desde que el Ministerio Público pretende aplicar en perjuicio del sentenciado dos agravantes de reiteración que necesariamente han de apoyarse en un mismo elemento fáctico del pasado, condena en causa RIT 40-2011.

Dicho lo anterior, será desestimado el informe de Novedades N°27 del 1° de julio de 2015, del C.E.T de Gendarmería incorporado.

DÉCIMO CUARTO: Determinación de la pena.

1).- El delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, está sancionado con presidio mayor en su grado mínimo.

2).- Al acusado le favorece una circunstancia atenuante de responsabilidad penal, y le perjudica una agravante y de conformidad a lo prescrito en el artículo 67 del Código Penal, el Tribunal procederá a compensarlas racionalmente graduando el valor de cada una, pudiendo al aplicar la pena podrá recorrer toda su extensión.

3).- Los Jueces al imponer la pena al acusado, tendrán en consideración la extensión del mal causado, en atención a lo estatuido en el artículo 69 del Código Penal, todo lo cual se extrae de la prueba rendida en juicio en específico de la declaración de la víctima.

DÉCIMO QUINTO: Pena sustitutiva de la Ley N° 18.216.

Que atendido el quantum de la pena a imponer al acusado; la cual se hará referencia en la parte resolutive del presente fallo y, teniendo presente lo dispuesto en los artículos 4°, 8°, 15 y 15 bis, de la Ley N° 18.216, no se le otorgará al sentenciado pena sustitutiva alguna.

Por estas consideraciones y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 1, 3, 7, 11 N°9, 12 N°16, 14, 15 N° 1, 18, 21, 24, 25, 28, 50, 67, 69, 432 y 440 N°1 del Código Penal, 47, 295, 297, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 332, 333, 338, 339, 342, 343, 344, 348, 351 y 468 del Código Procesal Penal, Ley N°18.216, Ley N°19.970, **SE DECLARA:**

I.- Que, se **condena** al acusado **J.W.A.B.**, cédula de identidad N°xx.xxx.xxx-x, ya individualizado, a la pena de **CINCO AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y de derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena; y al pago de las costas del procedimiento, en calidad de **autor**, según definición del numeral 1 del artículo 15 del Código Penal, en el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, en grado de consumado,

previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1 en relación al artículo 432, ambas normas del Código Penal, hecho ocurrido el 01 de julio de 2015, alrededor de las 09:15 horas, en el inmueble ubicado en calle Eugenio Matte N°160 en esta ciudad.

II.- Que no dándose respecto del acusado **J.W.A.B.**, los requisitos de la ley N°18.216, e imponer alguna pena sustitutiva contemplada en el cuerpo normativo citado, deberá éste cumplir efectivamente la pena de privación de libertad que se impuso, no habiendo abonos que considerar, según aparece del auto de apertura y carpeta virtual.

III.- Que, deberá ser registrada la huella genética del sentenciado, conforme lo dispone la Ley N° 19.970, una vez ejecutoriada esta sentencia.

Acordada la decisión de condena en lo que respecta a considerar el delito en el estatus de consumado, con el voto en contra del magistrado don Ricardo Aravena Durán, quien fue del parecer de sancionar los hechos en grado de desarrollo tentado. Para ello ha tenido presente que el acusado fue detenido en sede de flagrancia a escasos metros del lugar y cuando habían transcurrido apenas unos minutos de verificado el ingreso al inmueble. En este contexto el acusado, registrado que fue en sus vestimentas, no portaba especie alguna, de modo que reprochar la sustracción de un reloj del modo consignado por los jueces de mayoría, pasa únicamente por consentir en un ejercicio especulativo, ya que supone entender que el acusado se desprendió de la cosa antes de la llegada de los Carabineros, aserto que, sin embargo, no tiene como sustento prueba alguna: Ningún testigo afirma tal acción, ni fue encontrada la especie en el lugar, y, por cierto, el imputado no admite tal hecho. La única fuente de la presunta sustracción es la declaración de la víctima, quien empero se refirió muy genéricamente al punto y únicamente describiendo la cosa, su funcionalidad y escaso valor pecuniario, pero en lo más medular de este asunto, llega a constatar la presunta pérdida luego de revisar sus pertenencias, lo que sumado al hecho que la policía contaminó el sitio del suceso, ingresando sin que estuviere presente la afectada, se traduce en una total imprecisión en torno a este acápite, no superando el umbral de la duda razonable la mentada sustracción, la consiguiente constitución de una nueva custodia y con ello la consumación en estudio. Así las cosas, en el parecer de este disidente, ha de estar el tribunal a la versión del acusado quien admitió el ingreso al inmueble para apropiarse de especies, mas negó toda sustracción, sin que se cuenten con probanzas para establecer que miente, cuando niega la aprehensión de alguna cosa corporal. Además, es su testimonio pieza clave para la decisión de la presente litis, pues difícilmente se habría logrado la condena, de lo que surge, en consecuencia que no corresponde menospreciar sus dichos en lo que respecta a este punto.

Se previene que el magistrado Ricardo Aravena Durán, concurre a acoger la atenuante de colaboración sustancial, sin compartir lo razonado en el sentido que el acusado se hubiere apropiado de una especie, en tanto comprende en su voto de minoría que el delito corresponde a una tentativa inacabada.

Devuélvase a las partes, la prueba documental incorporada en la audiencia.

Redactada por la Jueza Cecilia Samur Cornejo.

Regístrese y Comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Valdivia para su cumplimiento. Hecho, archívese.

Sentencia pronunciada por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, presidida por don Daniel Mercado Rilling, Juez Destinado e integrada por don Ricardo Aravena Durán y doña Cecilia Samur Cornejo, los dos últimos Jueces Titulares.

10. Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia condena al imputado por el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado aplicando agravante de reincidencia específica, rechaza solicitud de la defensa de recalificar el delito y establecer atenuante de irreprochable conducta anterior. (Segunda Sala del TOP de Valdivia 25.06.2016. RIT 64-2016)

Normas Asociadas: CP ART. 440 N° 1; CP ART. 432; CP ART. 12 N° 16; CP ART. 11 N° 6.

Tema: Circunstancias Agravantes De La Responsabilidad Penal; Delitos Contra La Propiedad; Prueba.

Descriptor: Colaboración Sustancial Al Esclarecimiento De Los Hechos; Delito Tentado.

Delito: Robo Con Fuerza En Las Cosas En Lugar Habitado.

Defensor: Marcela Tapia Silva

Magistrados: Alicia Faúndez Valenzuela; Gloria Sepúlveda Molina; Ricardo Aravena Durán

SÍNTESIS: Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia condena al imputado por el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, aplicando agravante de reincidencia específica, rechaza solicitud de la defensa de recalificar el delito y establecer atenuante de irreprochable conducta anterior. Los fundamentos que el Tribunal tuvo en cuenta para arribar a su sentencia fueron los siguientes: (1) Que la petición de recalificar el ilícito propuesto por la defensa es desechado, Al efecto el mérito de los relatos ya repasados, en especial lo expuesto por los hermanos U. y los testimonios fotográficos, dan cuenta que las especies fueron sustraídas desde el interior de una edificación, emplazada dentro de los deslindes de un inmueble destinado a la habitación. (2) que la mentada bodega estaba dentro de una misma esfera material de custodia, únicamente posible de burlar ingresando al sitio común compartido por las habitaciones y esta dependencia, de modo que el plus de pena que explica esta figura en relación a su matriz, el hurto, se explica y se justifica en este caso, por el peligro que tal conducta representó a sus moradores. (3) Se admite la agravante de reincidencia específica. La condena impuesta en el rit 603/2007, determinó perpetrado el delito de Robo en lugar habitado, cometido 12 de febrero de 2007. Tal ilícito es un crimen, atendida la penalidad según se lee del artículo 440 en relación al artículo 3º, ambos del Código Penal. De este modo, se trata de una condena que debe ser considerada al tenor del artículo 104 del mencionado cuerpo de leyes, en la medida que tal disposición no mandato la atención a la pena en concreto, sino a la calidad abstracta de crimen o simple delito. **(Considerandos 11, 12 y 13).**

TEXTO COMPLETO

Valdivia, veintiocho de junio de dos mil dieciséis.-

VISTOS Y OIDOS

Intervinientes.

PRIMERO: El veintitrés de Junio de dos mil dieciséis, ante la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, se llevó a efecto la audiencia de Juicio Oral correspondiente a los autos RIT 64-2016, RUC 1500 846 130-6, seguidos en contra de **R.A.V.D.**, chileno, cédula de identidad N°X, fecha de nacimiento 04 de octubre de 1987, 28 años de edad, soltero, carpintero, 4° básico, lee y escribe, domiciliado en Pasaje X, comuna de Mariquina. El Ministerio Público estuvo representado por el fiscal adjunto don Daniel Soto Soto y la defensa letrada a cargo de la abogada don Marcela Tapia Silva. Ambos intervinientes observan el domicilio y forma de notificación ya registradas en este tribunal.

Acusación.

SEGUNDO: El Ministerio Público funda su acusación en los siguientes hechos: *“El día 03 de septiembre de 2015, alrededor de las 13:30 horas, el acusado R.A.V.D., con la finalidad de apropiarse de especies, se dirigió hasta el domicilio de don B.U.C., ubicado en Av. Circunvalación Sur N° 2827, Valdivia. Para ingresar saltó un portón de 1,40 m., de altura aproximadamente, una vez al interior del sitio se dirigió a una dependencia destinada a bodega, ingresando a ésta a través de una ventana la que escaló, sustrayendo desde el interior una máquina soldadora color azul, una máscara de soldar y una escuadra, huyendo con las especies del lugar”.*

CALIFICACIÓN JURÍDICA. Autor material de Robo, consumado, en dependencia de lugar habitado, establecido y sancionado en el artículo 440 N° 1 en relación al 432 del Código Penal.

Circunstancias Modificadorias de la Responsabilidad Penal: Agravantes: artículo 12 N° 16 del Código Penal. Atenuantes: no concurren.

Pena: Ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, la accesoria legal dispuesta en el artículo 28 del Código Penal y costas. Además el registro de la huella genética del imputado.

Alegatos de Inicio

TERCERO: Los intervinientes en el marco del inicio del debate presentaron los siguientes alegatos. Fiscal: Destaca la particularidad que el caso cuenta con dos testigos presenciales: Carabineros. El sujeto fue detenido en flagrancia. Pide veredicto condenatorio. Defensa: Su defendido declaró durante la investigación y hoy nuevamente cumplirá con igual actuación. Pedirá recalificación.

Declaración del acusado:

CUARTO: Exhortado a decir verdad, previa renuncia de su derecho a guardar silencio expuso al efecto: Admite su culpa. Pero no fue como se dice. Si lo vieron saltar el portón, pregunta entonces ¿por qué no lo detuvieron sino a una cuadra de distancia cuando salió? A la defensa responde: El día anterior se drogó, “quedó pato” en la mañana quiso seguir “volándose”, salió a robar, “se pilló” con la casa, abrió el portón que estaba amarrado con un alambre, era de lata y de doble hoja. Movié las hojas, metió las manos y sacó la amarra que era de “telecable”. Se metió en la bodega que estaba atrás, abrió una ventana que no tenía vidrio, desde ahí abrió la puerta que tenía una chapa e ingresó por

esta última. “Pescó” la soldadora, el casco, una guía y salió por la puerta y de ahí por el mismo portón por donde entró. Caminó casi una cuadra, cuando fue detenido: llevaba la soldadora, un casco, una escuadra y una guía. Carabineros le tiró la moto encima, le golpearon, lo tiraron al piso, lo esposaron y lo llevaron detenido. No tuvo contacto con los moradores de la casa, no había nadie allí. Había dos portones, el de afuera era de fierro.

Ponderación: *El acusado sustancialmente pretende afirmar que entró al inmueble por el portón y no escalando una pandereta. Asimismo sostiene que ingresó a la dependencia interior por la puerta, describiendo la acción. En lo demás confiesa la identidad de las especies y por cierto la detención en flagrancia a escasos metros de la casa habitación.*

Convenciones Probatorias

QUINTO: Los intervinientes no alcanzaron convenciones probatorias.

Prueba del Ministerio Público.

SEXTO: El persecutor fiscal presentó las siguientes probanzas:

TESTIMONIOS Y FOTOGRAFÍAS:

1.- E.A.H.: Subteniente de Carabineros. Al fiscal responde: Los hechos ocurrieron el 03 de septiembre de 2015 alrededor de las 13,45 horas, estaba en la Sub Comisaria Oscar Cristi, de servicio de fiscalizador, se desplazaba en motocicleta junto al Cabo **M.C.M.**, bajaban por Circunvalación Sur con San Luis, pasaron esta última, se percata que en San Martín, en la casa de la esquina, un sujeto vestido de azul salta la pandereta ingresando al interior del domicilio, se acercaron al lugar, miraron y no vieron nadie, dieron la vuelta, miraron al frontis había un candado, fueron a la parte posterior, volvieron a salir a la esquina y entonces ven salir al mismo sujeto, dobla a mano derecha y al ver las motocicletas arranca en dirección Circunvalación Sur. Fue fiscalizado en calle Carlos Campos, al efecto le siguieron y lo fiscalizaron, enseguida él volvió al domicilio, preguntó al dueño de casa quien le señaló que las especies eran de su hermano, que las tenía en las dependencias de atrás. El individuo fue detenido. Vieron a un señor vestido de azul saltar la pandereta, estaban a 150 metros cuando ven la acción del detenido. Les extrañó que saltara la pandereta, el portón estaba cerrado, era un portón rojo, la pandereta tenía una altura aproximada de 1,30 metros y advertía la presencia de alambres. Cuando el sujeto los ve se da a la fuga, ya que los miró y sale corriendo hacia Circunvalación Sur. Llevaba una soldadura de setenta por treinta centímetros más o menos, más una máscara de soldar. En la esquina de Carlos Campos fue fiscalizado. Fueron al sitio del suceso. El dueño de casa dijo que el portón estaba cerrado, señaló que la puerta de la cabaña estaba abierta y también la ventana. A la exhibición de un set de fotografías responde: n°1 y 2: Es la casa y la cabaña que estaba en la parte de atrás; n°3: El lugar donde salta el individuo, la pandereta y el portón por donde saltó. Por el cerco en la parte más baja. Les llamó la atención el hecho que saltó la pandereta, luego egresa por el portón; n°4 y 5: Lugar donde salta el imputado; N°9 a 12: La puerta y la ventana de la dependencia interior. Estaban abiertas, el propietario dijo que estaban cerradas; El imputado seguramente ingresó por la ventana y salió por la puerta; n°13: Lugar por donde saltó desde el interior; n°14: El lugar de la detención. Calle Carlos Campos con Circunvalación Sur. La víctima dijo que las especies sustraídas eran una soldadora, una máscara de soldar y una escuadra. A la defensa responde: Les llamó la atención que saltara la pandereta, fueron a mirar, no había nadie, miraron el portón, y cuando vuelven a la intersección lo ven salir. El portón de lata estaba cerrado, al parecer con un alambre o una cuerda. El dueño de casa dijo que estaba cerrado, y él lo vio saltar por la pandereta. La ventana señalada en la parte de abajo no tenía vidrio y la puerta tenía una chapa que se abría por dentro, por fuera con llave. La víctima dijo que la puerta estaba cerrada sin llave. El lugar está conectado con la casa, es una cabaña que está en el sitio. No sabe si la

cabaña tiene conexión con la casa principal. La cabaña aproximadamente tenía dos o tres habitaciones. Tenía herramientas de trabajo. La pandereta tenía algunos alambres, no eran de púas ni se veían dañados. **M.C.M.**, era su colega. Los dos detienen al sujeto. El volvió a la casa. Luego pidieron cooperación para el traslado del detenido. Al fiscal responde. El portón de lata no se puede abrir desde afuera.

Ponderación: *El relato corresponde a uno de los dos testigos presenciales del hecho clave, que marca gran parte de la suerte de esta causa para el imputado: El ingreso por vía no destinada al efecto al interior de un inmueble que le era ajeno al acusado, y el posterior egreso del mismo, esta vez portando especies muebles, las mismas cuyo dominio ha sido reclamado por un tercero. La versión proviene de un agente estatal, en el ejercicio de sus funciones, que da cuenta detallada del hecho, apoyándose en fotografías que ilustran su relato.*

2.- S.U.C., Técnico en mantención. Al fiscal responde: Esto ocurrió hace aproximadamente seis o cinco meses de atrás, estaba en la casa junto a su madre, tocó Carabineros y preguntó por una máquina, dijo que sí, que era de su hermano, entonces la policía contó que vieron a un sujeto que salió de la casa y que había sido detenido. Su casa está en una esquina, luego de ella viene una pampa. Como es casa esquina siempre mantienen cerrado, hay un portón que tiene un “fierrito” por dentro y con eso lo amarra por dentro. Su casa tiene el portón de la entrada y uno trasero. El cerco delantero es con reja de fierro y el del costado es de pandereta. A la exhibición de fotografías responde: N°3: Es el costado de su casa, el portón es aquel que está en un extremo, es de lata, tiene un fierro por el interior y con una amarra de alambre de cobre lo afirma, varias fibras permiten mantenerlo cerrado. Se abre hacia afuera. Las amarras impiden abrirlo; n°4: Es la pandereta, en la parte baja había una placa de madera, había unos alambres de acero; N°9: Es una “casita” que cuenta de dos piezas y que se usa para guardar cosas. La puerta se abre solo con llave, no tiene manilla para este efecto, que es solo para sujetarse. La manilla está del lado más lejano de la ventana. La puerta se mantenía cerrada. Ese día la ventana estaba abierta. No se acuerda de la puerta pues todo fue muy rápido. El día anterior fue a ese lugar y quedó todo cerrado. Solo se ingresa a esa habitación, si no es por la puerta es por la ventana que aparece u otra que está en otro costado; n°12: la habitación por dentro, aparece la ventana; n°13: El cerco y la pandereta por dentro. El latón que figura en el portón, era para evitar que no ingresaran los perros; n°1: aquí está el portón de acceso, siempre está cerrado. Cuando estos hechos ocurren no había nadie en la casita, sí en la casa principal estaba él y su madre. **A la defensa responde:** La lata que figura por dentro del portón impide que entren los perros por abajo, la amarra está en la parte de abajo del portón, agregada a un fierro que está enterrado. Para abrir hay que dar vueltas al alambre. Su hermano vive con ellos. Carabineros dijo que observó lo sucedido: Cuando ingresó el sujeto al sitio y cuando este sale, entonces lo siguen para preguntarle qué estaba haciendo. Carabineros le dijo que el sujeto saltó el cerco y luego salió con una máquina. Se imagina que saltó la pandereta. La plancha que estaba amarrada en la parte más baja de la pandereta, estaba en su lugar antes de este hecho.

Ponderación: *Plenamente concordante con el anterior, su testimonio aparece verídico y consistente: Explica las particularidades de su casa habitación, la misma que comparte con su hermano B.U.C. La descripción física de su inmueble, de la bodega en particular y el estado de permanente cierre que mantenían los anteriores es justificadamente sostenida, de modo que la versión que explicitó el acusado, en el sentido de haber ingresado por vía idónea, el portón, pierde todo sostén.*

3.- M.C.M., Cabo 1° de Carabineros. Al fiscal responde: el 03 de septiembre de 2015, a las 13.30 horas, patrullaba con el Teniente E.A.H., en moto, por calle Circunvalación Sur con San Martín, cuando divisaron a una persona saltar un cerco, fueron al lugar no vieron

a nadie, dieron la vuelta por la calle de atrás, no vieron nada y al regreso de nuevo en calle San Martín, vieron salir a una persona por el portón de esta última calle, el sujeto les vio y arrancó hacia calle Circunvalación Sur, ellos le siguen y lo fiscalizan, llevaba una soldadora y otra especie, dijo que eran suyas y después el teniente fue al domicilio y el dueño de casa dijo que eran de su propiedad. Vieron saltar al sujeto a unos 150 metros, sin objetos que impidan la visibilidad. Hay un sitio erizado en el lugar. El teniente fue al sitio del suceso. El cerco: 1,30 metros de alto. El patio tiene ingreso por Circunvalación Sur, el frente, y por San Martín, cuando sale lo hace por el lado, San Martín, por un portón de zinc. A la exhibición de fotografías: N°1: el domicilio, la vía de ingreso por calle Circunvalación Sur; N°2: el portón. El sujeto entró por la pandereta que está contigua al anterior. Por el portón lo vieron salir. El cerco es de cemento. Apoyado al cerco hay unas planchas de madera. Estaban afirmadas y sujetas con trozos de madera; N°4: la pandereta, atrás está la cabaña; n°14: no describe la imagen, no la recuerda. Confeccionó el acta de fuerza en las cosas. El sujeto llevaba la máquina soldadora y el protector. A la defensa responde: Cuando ocurren estos hechos estaban las planchas de madera ya descritas. Lo vieron saltar la muralla. Las planchas estaban como "tendidas". Cuando lo ve saltar, las planchas quedaron ahí, no tuvo dificultad en entrar. Salió por el portón de latas. Lo vio salir, no sabe que dificultad o facilidad tuvo para tal acción. Adentro tiene como un seguro de madera, no es tan difícil salir por el mencionado portón.

Ponderación: *Testimonio del todo conteste con el vertido por el primer testigo. Hay correspondencia plena en lugar, fecha y hora del suceso, aquello que pudieron observar y la detención en flagrancia.*

4.- B.U.C, Soldador. Al fiscal responde: En relación a los hechos motivo del juicio. Las cosas: Una máquina soldadora, una máscara y una escuadra. Estaban en la casa de atrás, usada como bodega; utiliza aquellas cosas para trabajar. La soldadora: 50 cm de largo por 40 cm de ancho. Retiró la máquina, la escuadra y la máscara desde la Comisaría.

Ponderación: *Reafirma lo sostenido por S.U.C.: las especies sustraídas por el acusado: su identidad y propiedad.*

Alegatos finales:

SEPTIMO: Que en el contexto de la incorporación de todas las probanzas, fiscalía y defensa presentaron los siguientes alegatos:

Fiscal: Los hechos de la acusación están demostrados. Dos Carabineros vieron la acción descrita. El dueño de casa sostiene que el portón estaba cerrado, y además se ingresó por la ventana a la bodega. Pide veredicto condenatorio. **Defensa:** Pide valorar la declaración de su defendido. Entregó detalles de su acción. Recalificación: se discute el tema de la dependencia: la bodega no servía de albergue con la casa, no tenía comunicación material. Pide se recalifique como robo en lugar no habitado.

Acusado. Guarda silencio.

Hechos y circunstancias que se reputan probados. Ponderación conjunta de la prueba

OCTAVO: Que ponderadas individual y conjuntamente todas las pruebas de cargo, este tribunal, en forma unánime, concluye probados los siguientes hechos: *"El día 03 de septiembre de 2015, alrededor de las 13:30 horas, R.A.V.D, se dirigió hasta el inmueble de don B.U.C, ubicado en Av. Circunvalación Sur a la altura de la intersección con calle San Martín de esta ciudad. Para ingresar saltó un portón de 1,30 m., de altura aproximada. Una vez al interior del sitio se dirigió a una dependencia destinada a bodega, ingresando a ésta a través de una ventana la que escaló, sustrayendo desde el interior*

una máquina soldadora, una máscara de soldar y una escuadra, huyendo con las especies del lugar”.

NOVENO: Que al respecto la prueba de cargo, testimonial y fotográfica, demuestra cada uno de los anteriores asertos de hecho: El ingreso a un inmueble, cerrado y delimitado, destinado a casa habitación, escalando al efecto una pandereta, así como también el acceso -por una ventana- a una dependencia interior destinada a bodega, lugar desde donde el acusado sustrajo las especies mencionadas. De igual modo está demostrada la identidad y propiedad de las cosas corporales muebles -y con ello la ajenidad- así como la inmediata detención por parte de dos Carabineros, quienes observaron tanto el acceso vía pandereta, como el egreso, vía portón de latas. En la dinámica central, los hechos cuentan con el respaldo de tales testigos presenciales, contestes, abonados por el mérito de las fotografías que ilustran sus respectivos relatos, otorgándole plena concordancia y, finalmente, corroborados por los dichos de los ocupantes del inmueble -el dueño de las cosas entre ellos-, cerrando de manera perfecta la exigencia demostrativa más allá de toda duda razonable. En efecto, los atestados de los Carabineros E.A.H. y M.C.M., permiten dar por sentado la ocurrencia del suceso descrito en la acusación, en día, hora y lugar, al expresar los anteriores precisión total en estos acápites y afianzando sus dichos en la importante circunstancia de encontrarse de servicio en la población, en labores de patrullaje, de modo que la historia que narran, se advierte dentro de aquellas propias que marcan las novedades importantes de sus cometidos funcionarios. En este sentido los dos policiales afirman que pueden observar el ingreso del acusado a la vivienda de la familia *B.U.C*, escalando por un sector del cerco divisorio con la acera, que describen e identifican en las fotografías que les fueron exhibidas y que corresponde con aquella parte de la pandereta que a simple vista aparece más sencilla de escalar -por su menor tamaño-. Asimismo refieren que el portón de lata que está contiguo a tal pandereta, permanecía cerrado, hecho corroborado por *S.U.C* y, otra vez, por el mérito fotográfico que ilustra una estructura que sugiere poco o nulo tránsito, al encontrarse con un latón, emplazado transversalmente para dificultar, según su dueño, el ingreso de los perros, de suerte que la afirmación del acusado -en cuanto sostiene ingresó e egresó por este lugar-, no solo controvierte los dichos de dos policías in situ, sino que pugna con las afirmaciones del dueño de casa con las imágenes reproducidas al efecto. Por otro lado, el dueño de casa reiteró, cada vez que se le preguntó, que no solo el mentado portón de latas permanecía cerrado, sino que también su bodega, y que aquel día la ventana estaba abierta. Es más, don *S.U.C* manifiesta que la puerta solo es posible de abrir con llave desde el exterior. Este dato, junto a la fotografía nº9, da cuenta que la dinámica que refirió el acusado para acceder a esta dependencia -desde la ventana accionó la chapa para abrir la puerta- parece escasamente probable dada la importante distancia -advertida a simple vista- entre ambos puntos, al menos para cumplir con esta acción, sin ayuda de algún instrumento o sin ingresar al interior derechamente por la ventana, que es lo más lógico, de manera que la versión del acusado, otra vez, debe ser desechada por que hay prueba mayor y mejor- más abundante y más objetiva- que se inclina en sentido contrario a sus afirmaciones.

De otro lado, en torno a la sustracción de especies corporales muebles, aquellas señaladas en la acusación aparecen indicadas por todos los testigos, de forma que el apoderamiento material del acusado, expresó el interés de este por cumplir con su propósito de constituir nueva custodia, por cierto ilegal, sobre tales cosas de dominio ajeno.

Finalmente la detención descrita por los Carabineros, y la alerta a los moradores del inmueble aparece refrendada por los citados testimonios de cargo, E.A.H., M.C.M. y *S.U.C*. La flagrancia de esta detención, sirve con mucho a la indiscutible ocurrencia del suceso y de la participación que le correspondió al acusado.

DECIMO: Que la calificación jurídica que este tribunal asigna al hecho establecido en el motivo Octavo de esta sentencia, corresponde al delito de Robo con Fuerza en las Cosas, en dependencia de lugar habitado previsto y sancionado en el artículo 440 N°1 en relación al 432, ambos del Código Penal, en grado de consumado, correspondiéndole al acusado participación de autor ejecutor. En efecto, se trata de una bodega emplazada al interior de un inmueble, normativamente encuadrable en la noción de dependencia señalada por la ley citada, en cuyo interior se albergaban cosas corporales muebles ajenas al acusado, quien dolosamente logró constituir nueva e ilegítima custodia sobre las mismas, al apoderarse de tales cosas y llevarlas consigo, consumando una apropiación mediante sustracción, expresivas de su *animus rem sibi habendi*, todo lo anterior en desmedro de la custodia dispuesta por su dueño, afectando derechamente a la propiedad sobre las mismas, que es el bien jurídico base amagado en este tipo de hecho punible y ejecutando tal acción por la vía de escalar el cerco perimetral, en este caso aquella parte de la pandereta que parecía a simple vista como la parte más vulnerable de tal estructura. Atendida la descripción de la figura típica contemplada en el artículo 440, lo relevante es que para tal rótulo, de robo, el ingreso a la dependencia de un lugar habitado debe suceder por una vía no destinada al efecto, que es lo verificado en el presente caso, al comprender el concurso del “escalamiento” indicado en el ordinal primero de aquella disposición. De esta manera, carece de relevancia típica el hecho que el acusado hubiere o no entrado a la mencionada dependencia por la puerta o la ventana, empero encontrarse demostrado que lo hizo por esta última -y por lo tanto vía no destinada al efecto- puesto que esta última variable admite atención cuando la imputación objetiva se encasilla en el tipo descrito en el artículo 442 del código de castigos. El obrar doloso, expresado en el conocimiento de todas y cada una de las circunstancias materiales antes señaladas, es indicativo de la antijuricidad de la actuación de parte de **R.A.V.D.**, no concurriendo al caso ningún alegato de su defensa letrada, ni ningún otro elemento que pudiera pesquisar el tribunal, en orden a no imputar a título de juicio de culpabilidad tal accionar, por lo que, satisfecho el tipo, se deviene esta con la imposición de la correspondiente pena, según se dirá.

UNDECIMO: Que la petición de recalificar el ilícito propuesto por la defensa del encausado, asimilando los hechos dentro del marco del delito de robo con fuerza en lugar no habitado, es desechado en el parecer unánime de los jueces de este tribunal. Al efecto el mérito de los relatos ya repasados, en especial lo expuesto por los hermanos U. y los testimonios fotográficos, dan cuenta que las especies fueron sustraídas desde el interior de una edificación, emplazada dentro de los deslindes de un inmueble destinado a la habitación. De hecho, *S.U.C*, permanecía en el interior de la misma, según lo afirmó tanto él como los Carabineros E.A.H. y M.C.M. De modo entonces, la mentada bodega estaba dentro de una misma esfera material de custodia, únicamente posible de burlar ingresando al sitio común compartido por las habitaciones y esta dependencia, de modo que el plus de pena que explica esta figura en relación a su matriz, el hurto, se explica y se justifica en este caso, por el peligro que tal conducta representó a sus moradores.

Modificatorias de Responsabilidad Penal y pena corporal a imponer.

DUODECIMO: Sobre la lectura del veredicto condenatorio y al tenor del artículo 343 del Código Procesal Penal, los intervinientes verificaron las siguientes alegaciones: **Fiscal:** No le corresponde penas sustitutivas. Concorre la reincidencia específica y no es pertinente la atenuante de colaboración sustancial.

Incorpora extracto de filiación y antecedentes. Registro de condena: total SEIS: Rit 603/2007 Juzgado de Garantía de Valdivia. Autor de robo en lugar habitado. Pena: tres

años y un día de presidio menor en su grado máximo. Cumplida el 22 de enero de 2011. Otras Condenas: Rit 2182/2011, Juzgado de Garantía de Valdivia: Autor de hurto frustrado; Rit 3033/2011, Juzgado de Garantía de Valdivia: Autor de hurto simple; Rit 2461/2011, Juzgado de Garantía de Valdivia: Autor de la falta prevista en el artículo 494 bis del Código Penal; Rit 3844/2011, Juzgado de Garantía de Valdivia: Autor de hurto simple; Rit 1597/2015, Juzgado de Garantía de San Bernardo: Autor de hurto simple frustrado. Sentencias Definitivas pronunciada en el rit 3844/2011, 3033/2011 y 603/2007. Mantiene petición de penas que señala el auto de apertura. **Defensa:** pide el rechazo de la agravante. Esta se funda en una condena de 02 de enero de 2008, cumplida en el mes de enero de 2011. Pena por lo tanto prescrita el 22 de enero de 2016, no es posible de fundar la misma para la agravante. En este sentido el Rit 217-2015 de este tribunal, que se concentró la pena en concreto. Las otras condenas por hurto no corresponde considerar como la agravante reclamada. Asimismo pide se reconozca la agravante de colaboración sustancial. Incorpora un certificado de depósito, en donde consignó la suma de \$20.000 y con ello la reparación celosa del mal causado. Pide tres años y un día de presidio menor en grado medio o en subsidio 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo. Su defendido está privado de libertad desde el 04 de septiembre de 2015. **Fiscal:** Se debe considerar la Prevención Especial Positiva, como fin de la pena pertinente en este caso: Al reiterar la conducta el sujeto, no cabe duda que se trata de un crimen, que es la naturaleza de la infracción.

DECIMO TERCERO: Que por unanimidad el tribunal resuelve los siguiente: 1) Se admite la agravante de reincidencia específica reclamada por el persecutor. El efecto, la condena impuesta en el rit 603/2007 del Juzgado de Garantía de esta ciudad, determinó perpetrado el delito de Robo en lugar habitado, en perjuicio de Ingrid Saphier Fuentes, cometido 12 de febrero de 2007. Tal ilícito es un crimen, atendida la penalidad según se lee del artículo 440 en relación al artículo 3º, ambos del Código Penal. De este modo, se trata de una condena que debe ser considerada al tenor del artículo 104 del mencionado cuerpo de leyes, en la medida que tal disposición no mandato la atención a la pena en concreto, sino a la calidad abstracta de crimen o simple delito. Así las cosas, la correspondencia entre este otrora ilícito y el presente es idéntica en la medida que ambos comportamientos se subsumen bajo la misma norma de sanción. 2) Se rechaza la colaboración sustancial implorada, desde que el relato expuesto por el acusado difiere notablemente de aquel determinado por el tribunal. Aún más, dejando de lado lo anterior, tampoco se divisa alguna otra cooperación que coadyuvara a la condena. 3) Se acoge la atenuante de reparación celosa del mal causado. Para ello el tribunal tiene presente que las cosas de propiedad de *B.U.C* fueron recuperadas y que el acusado ha permanecido privado de libertad, de modo que el dinero consignado, si bien pudiere parecer exiguo en cantidad, proporcionalmente resulta un plus, versus la ausencia de pérdida patrimonial y un esfuerzo en la medida que la prisión merma con mucho las posibilidades de gestionar actividades lucrativas.

DECIMO CUARTO: Que así las cosas, el tribunal compensa la agravante y atenuante reconocidas, bajo un criterio racional, atendida la entidad equivalentes que presentan al caso, pues equilibra la conducta pretérita –ilícita- con el afán de disminuir el mal causado, por un delito que empero no logró constituirse en una fuente de riqueza para el acusado. De este modo, siguiendo la pauta del artículo 67 del Código Penal, el tribunal impondrá la corporal de **CINCO AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MINIMO**, habida consideración que se ajusta tal castigo con la extensión del mal causado con el delito. Vista esta pena, no procede su sustitución, de forma que resulta estéril referirse a los otros requisitos que la ley nº18.216, contempla al efecto.

Y VISTO ADEMÁS Lo dispuesto en los artículos 1, 3,7, 11 N°7, 12 N°16, 14, 18, 28, 67, 69, 432 y 440 nº1, todos del Código Penal, artículos 1,2,7, 8, 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 343, 344, 346 y 348 todos del Código Procesal Penal se declara que:

1º: SECONDENA a **R.A.V.D**, cédula de identidad N°16.681.581-9, como autor ejecutor del delito de **ROBO CON FUERZA EN DEPENDENCIA DE LUGAR HABITADO**, en grado de consumado, previsto en el artículo 440 n°1 en relación al artículo 432, ambos del Código Penal, de especies de propiedad de *B.U.C*, perpetrado en esta ciudad el 03 de septiembre de 2015, a la pena de **CINCO AÑOS Y UN DIA 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. Abonos: 300 días por concepto de privación de libertad por esta causa –detención y presión preventiva-. Desde el 03 de septiembre a la fecha de la presente sentencia. Añádanse por el tribunal de ejecución tantos más hasta el pronunciamiento del cúmplase.

2º: Queda obligado el condenado al pago de las costas. Se ordena asimismo el registro de la huella genética de conformidad a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 19.970.

3º: Cúmplase una vez ejecutoriada esta sentencia. En su oportunidad devuélvase la documentación.

Redacción del magistrado don Ricardo Aravena Durán

Pronunciada por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, integrada por doña Alicia Fúnez Valenzuela quien la presidió, doña Gloria Sepúlveda Molina y don Ricardo Andrés Aravena Durán, todos jueces titulares.

INDICES TEMÁTICOS

TEMAS

<u>Tema</u>	<u>Ubicación</u>
Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal	n.6 2016 p 69-84 ; n.6 2016 p 85-93
Circunstancias Atenuantes de la Responsabilidad Penal	n.6 2016 p 25-42 ; n.62016 p 43-61
Delitos sexuales	n.6 2016 p 25-42
Delitos contra la propiedad	n.6 2016 p 22-24 ; n.62016 p 25-42 ; n.6 2016 p 62-68 ; n.6 2016 p 69-84 ; n.6 2016 p 85-93
Derecho Penitenciario	n.6 2016 p 8-10
Garantías Constitucionales	n.6 2016 p 8-10
imputación subjetiva	n.6 2016 p 62-68
Ley de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas	n.62016 p 43-61
Medidas Cautelares	n.6 2016 p 11-13
Prueb	n.6 2016 p 18-21 ; n.6 2016 p 25-42 ; n.6 2016 p 69-84 ; n.6 2016 p 85-93
Recursos	n.6 2016 p 8-10 ; n.6 2016 p 11-13 ; n.6 2016 p 14-17 ; n.6 2016 p 18-21 ; n.6 2016 p 22-24
Responsabilidad Penal Adolescente	n.6 2016 p 11-13
Tipicidad	n.6 2016 p 25-42 ; n.6 2016 p 62-68

DESCRIPTORES

Descriptores	Ubicación
Acusación	n.6 2016 p 14-17
Atenuante Muy Calificada	n.6 2016 p 25-42
Colaboración substancial al esclarecimiento de los hechos	n.6 2016 p 43-61 ; n.6 2016 p 69-84 ; n.6 2016 p 85-93
Declaración De La Víctima	n.6 2016 p 25-42
Delito Tentado	n.6 2016 p 69-84 ; n.6 2016 p 85-93
Delitos contra el patrimonio	n.6 2016 p 62-68
Delitos del artículo 81 de la Ley de Propiedad intelectual	n.6 2016 p 22-24
Delitos Tributarios	n.6 2016 p 22-24
Derecho a la libertad personal y seguridad individual	n.6 2016 p 8-10
Dolo	n.6 2016 p 62-68
Imputación subjetiva	n.6 2016 p 62-68
Interés Superior del Adolescente	n.6 2016 p 11-13
Medidas Cautelares Personales	n.6 2016 p 11-13
Medios de Prueba	n.6 2016 p 18-21
Microtráfico	n.6 2016 p 43-61
Procedimiento aplicable a Menores	n.6 2016 p 11-13
Prueba Pericial	n.6 2016 p 18-21
Recalificación del Delito	n.6 2016 p 43-61
Recurso de Amparo	n.6 2016 p 8-10
Recurso de Apelación	n.6 2016 p 22-24
Recurso de Hecho	n.6 2016 p 11-13
Recurso de Nulidad	n.6 2016 p 14-17 ; n.6 2016 p 18-21
Sobreseimiento definitivo	n.6 2016 p 22-24
Tipicidad Subjetiva	n.6 2016 p 62-68
Tráfico ilícito de Drogas	n.6 2016 p 43-61
Valoración de Prueba	n.6 2016 p 18-21
Veracidad Del Relato	n.6 2016 p 25-42

NORMA

Norma	Ubicación
CP ART. 11 N°6	n.6 2016 p 25-42 ; n.6 2016 p 69-84 ; n.6 2016 p 85-93
CP ART. 11 N°9	n.6 2016 p 43-61
CP ART. 12 N° 14	n.6 2016 p 69-84
CP ART. 12 N° 16	n.6 2016 p 69-84 ; n.6 2016 p 85-93
CP ART. 432	n.6 2016 p 69-84 ; n.6 2016 p 85-93
CP ART. 436 inciso 1°	n.6 2016 p 62-68
CP ART. 440 N° 1	n.6 2016 p 69-84 ; n.6 2016 p 85-93
CP ART. 442	n.6 2016 p 14-17
CP ART. 448 quáter	n.6 2016 p 14-17
CP ART. 68 Bis	n.6 2016 p 25-42
CP ART.361 N°1	n.6 2016 p 25-42
CPP ART. 149	n.6 2016 p 11-13
CPP ART. 155	n.6 2016 p 11-13
CPP ART. 182 inciso 2	n.6 2016 p 18-21
CPP ART. 250 LETRA a	n.6 2016 p 22-24
CPP ART. 315	n.6 2016 p 18-21
CPP ART. 341	n.6 2016 p 14-17
CPP ART. 351	n.6 2016 p 25-42
CPP ART. 369	n.6 2016 p 11-13
CPP ART. 373 b	n.6 2016 p 14-17
CPP ART. 374	n.6 2016 p 18-21
CPP ART. 374 c	n.6 2016 p 18-21
CPP ART. 374 f	n.6 2016 p 14-17
CPP ART. 385	n.6 2016 p 14-17
CPP ART. 386	n.6 2016 p 14-17
CPP ART. 93 e	n.6 2016 p 18-21
CPR Art. 19 N°7	n.6 2016 p 8-10
CPR ART.21	n.6 2016 p 8-10
CTTRIB ART. 97	n.6 2016 p 22-24
DL N° 321 de 1925	n.6 2016 p 8-10
L17336 ART. 81	n.6 2016 p 22-24
L20.000 ART. 4	n.6 2016 p 43-61
L20000 ART. 3	n.6 2016 p 43-61
L20084 ART 2	n.6 2016 p 11-13
L20084 ART 27	n.6 2016 p 11-13
L20084 ART 32	n.6 2016 p 11-13

DELITO

Delito	Ubicación
Abigeato	n.6 2016 p 14-17
Ejercicio de Comercio Clandestino	n.6 2016 p 22-24
Microtráfico	n.6 2016 p 43-61
Robo Con Fuerza En Las Cosas En Lugar Habitado	n.6 2016 p 69-84 ; n.6 2016 p 85-93
Robo Con Fuerza En Lugar Destinado a La Habitación	n.6 2016 p 18-21
Robo Con Intimidación	n.6 2016 p 8-10 ; n.6 2016 p 62-68
Robo En Lugar No Habitado	n.6 2016 p 14-17
Violación De Mayor De 14 Años	n.6 2016 p 25-42

DEFENSOR

DEFENSOR	UBICACIÓN
Carlos Matamala Troncoso	n.6 2016 p 11-13
Felipe Saldivia Ramos	n.6 2016 p 69-84
Iván Esteban Cárdenas Cárdenas	n.6 2016 p 14-17 ; n.6 2016 p 18-21
Marcela Tapia Silva	n.6 2016 p 85-93
Pablo Andrés Sanhueza Muñoz	n.6 2016 p 14-17
Pamela González Vásquez	n.6 2016 p 43-61 ; n.6 2016 p 62-68
Roberto Pablo Cuevas Monje	n.6 2016 p 8-10
Rodrigo Peluchonneau Allende	n.6 2016 p 22-24
Valeria Arriagada Contreras	n.6 2016 p 25-42

MAGISTRADO

MAGISTRADO	UBICACIÓN
Alicia Faúndez Valenzuela	n.6 2016 p 85-93
Cecilia Samur Cornejo	n.6 2016 p 25-42 ; n.6 2016 p 43-61 ; n.6 2016 p 68 ;
Claudio Novoa Araya.	n.6 2016 p 18-21 ; n.6 2016 p 22-24
Daniel Mercado Rilling	n.6 2016 p 69-84
Emma Díaz Yévenes	n.6 2016 p 11-13 ; n.6 2016 p 18-21
Germán Olmedo Donoso	n.6 2016 p 25-42 ; n.6 2016 p 62-68
Gloria Sepúlveda Molina	n.6 2016 p 43-61 ; n.6 2016 p 85-93
Gloria Sepúlveda Molina	n.6 2016 p 85-93
Juan Ignacio Correa Rosado	n.6 2016 p 8-10 ; n.6 2016 p 14-17 ; n.6 2016 p 22-24
Loreto Coddou Braga	n.6 2016 p 11-13
Marcia Undurraga Jensen	n.6 2016 p 14-17
María Heliana Del Río Tapia	n.6 2016 p 22-24
Mario Julio Kompatzki Contreras	n.6 2016 p 8-10
Patricio Miranda Olivares	n.6 2016 p 8-10 ; n.6 2016 p 14-17
Ricardo Aravena Durán	n.6 2016 p 25-42 ; n.6 2016 p 43-61 ; n.6 2016 p 62-68 ;
Ruby Alvear Miranda	n.6 2016 p 69-84 ; n.6 2016 p 85-93
	n.6 2016 p 11-13 ; n.6 2016 p 18-21

SENTENCIAS

Sentencias	Ubicación
1. Corte de Apelaciones de Valdivia acoge recurso de amparo deducido por la defensa de sujeto condenado por el delito de robo con intimidación, quien solicitó beneficio de libertad condicional y ésta fue denegada sin fundamentos. (CA de Valdivia Rol 100-2016 08.06.2016)	n.6 2016 p 8-10
2. Corte de Apelaciones de Valdivia Acoge recurso de hecho interpuesto por la defensa a favor de imputado menor de edad, en contra de resolución que acoge recurso de apelación (CA de Valdivia 03.06.2016 Rol 334.2016)	n.6 2016 p 11-13
3. Corte de Apelaciones de Valdivia acoge recurso de nulidad interpuesto por la Defensa en contra de sentencia que condena a los imputados por el delito de robo en lugar no habitado, dando por establecido una modalidad comitiva distinta a la señalada por el Ministerio Público, quien formulo acusación por abigeato. (Primera Sala de la C.A. de Valdivia 21.06.2016. RIT 299-2016)	n.6 2016 p 14-17
4. Corte de Apelaciones de Valdivia Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa fundamentado en que se complementó en la audiencia de juicio oral informe pericial no constando dicha información en la carpeta investigativa. (CA de Valdivia 17.06.2016 Rol 300.2016).	n.6 2016 p 18-21
5. Corte de Apelaciones de Valdivia rechaza recurso de apelación interpuesto por querellante del SII en contra de sentencia que sobreseyó total y definitivamente al imputado. (CA de Valdivia 21.06.2016 Rol 342-2016)	n.6 2016 p 22-24
6. Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia condena a imputado por el delito de violación consumada y reiterado en la persona de una menor de edad, mayor de 14 años, tribunal califica su irreprochable conducta anterior. (Segunda Sala del TOP de Valdivia 17.06.2016. RIT 54-2016)	n.6 2016 p 25-42
7. Tribunal Oral de Valdivia condena a imputada por el delito de microtráfico y acoge la recalificación pedida por la defensa contra la acusación hecha por el Ministerio Público. (TOP de Valdivia 06.06.2016 Rit 50-2016)	n.6 2016 p 43-61

8. Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia absuelve a imputado por el delito de robo con intimidación en el que el arma utilizada para intimidar fue una flauta. (Segunda Sala del TOP de Valdivia 23.06.2016. RIT 122 -2016)

[n.6 2016 p 62-68](#)

9. La Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia condena al imputado por el delito de robo con fuerza en lugar habitado, con voto en contra orden a señalar al delito en grado de tentado y rechaza solicitud del Ministerio Público de aplicar la agravante del artículo 12 N°14 conjuntamente con la del 12 N°16. (Primera Sala del TOP de Valdivia 25.06.2016. RIT 59-2016)

[n.6 2016 p 69-84](#)

10. Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia condena al imputado por el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado aplicando agravante de reincidencia específica, rechaza solicitud de la defensa de recalificar el delito y establecer atenuante de irreprochable conducta anterior. (Segunda Sala del TOP de Valdivia 25.06.2016. RIT 64-2016)

[n.6 2016 p 85-93](#)