



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

Boletín de Jurisprudencia
Corte de Apelaciones de
Valdivia

2º Semestre 2019

**UNIDAD DE ESTUDIOS
DEFENSORÍA REGIONAL
LOS RÍOS**

TABLA DE CONTENIDO

- 1. Rechaza Recurso de Nulidad impetrado por defensa particular, al considerar la Corte Suprema que no había vulneración de garantías fundamentales al haberse ajustado a derecho el control de identidad realizado por funcionarios policiales que tuvo como fundamento una situación de flagrancia, actuando, por tanto, dentro de su ámbito de competencia. (Corte Suprema de Justicia 22.05.2019 ROL 9194-2019)**
16

SINTESIS: Defensa recurre de nulidad con fundamento en la causal del art. 373 letra a) del Código Procesal Penal por haberse vulnerado el debido proceso durante el transcurso del procedimiento, haberse transgredido las normas relativas a la dirección exclusiva de la investigación penal por parte del Ministerio Público y por haberse vulnerado normas que aseguran un procedimiento e investigación racional. La Corte estima que pese a que la Constitución entrega al Ministerio Público la función de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, el Código Procesal Penal regula funciones de la policía entregándole un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. En el caso concreto se realiza un control de identidad por la hipótesis de flagrancia regulada en el art. 130 letra d) del Código Procesal Penal, los imputados fueron observados por funcionarios policiales portando especies procedentes del delito, pudiendo sospechar de su participación, sospecha que se agravó por el abandono de las especies en la vía pública y la huida de ambos, justificándose entonces el control policial. (Considerando 2º, 3º, 5º, 6º)..... 16

- 2. Corte Suprema rechaza recurso de nulidad impetrado por la defensa al considerar que los funcionarios policiales se encontraban habilitados para llevar a cabo el control de identidad no transgrediéndose las facultades que le confiere el ordenamiento jurídico como tampoco las garantías y derechos consagrados en el art. 19 N° 3 de la Constitución (Corte Suprema de Justicia 19.06.2019 ROL 11656-2019)** 21

SINTESIS: La defensa dedujo recurso de nulidad sustentado en la causal prevista en la letra a) del artículo 373 del CPP, por haber existido una infracción de garantías fundamentales respecto de su representado, específicamente las garantías del artículo 19 N° 3 y N°7 de la Constitución Política; en relación con el artículo 85 del CPP. La Corte rechaza el recurso en cuestión estimando que los funcionarios policiales se encontraban habilitados para llevar a cabo el control de identidad, y por consiguiente el registro de las especies, no transgrediéndose las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no se han vulnerado las normas legales que orientan el proceder policial como tampoco las garantías y derechos que el art. 19 N°3 de la CPR reconoce y garantiza a los imputados. (Considerando 1º, 3º, 5º, 6º) 21

- 3. Acoge recurso de nulidad presentado por la defensa. Respecto a imputado adolescente corresponde aplicar la regla de prescripción de la acción penal contenida en el art. 5º L20084 (Corte Suprema de Justicia 19.08.2019 ROL 18367-19).**
24

SÍNTESIS: Defensa recurre de nulidad contra la resolución del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia que condenó al imputado F.M.F.F. como autor de los delitos consumados y reiterados de violación de menor de catorce años. El recurrente argumenta que para contabilizar el plazo de prescripción de la acción penal unida al delito de autos, debe preferirse la norma del art. 5º L20084 por sobre la del art. 369 quáter, toda vez que la última no puede ser aplicada a un imputado adolescente, considerando la clara intención del legislador tendiente a separar el sistema punitivo de adolescentes del que

está establecido para adultos. Señala que según el principio de especialidad, debe estarse conforme a lo establecido por el art. 95 CP, en relación a las normas de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. El Máximo Tribunal establece que del examen del art. 1 L20084 se concluye que la Ley Penal tiene un carácter supletorio respecto del cuerpo normativo en estudio. En este sentido, encontrándose en aquel una disposición que señala de forma expresa cómo debe contarse el plazo de prescripción de la acción penal, en virtud de la aplicación del principio de especialidad, es el art. 5º de dicho compendio normativo el que debe ser aplicado al caso de autos (Considerando 8º, 9º).. 24

4. Rechaza recurso de nulidad impetrado por la defensa. Alejamiento al advertir presencia policial configura indicio habilitante para proceder según art. 85 CPP (Corte Suprema de Justicia 13.09.2019 ROL 21095-2019)..... 29

SÍNTESIS: Defensor recurre de nulidad contra la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia que condenó a L.E.F.G. como autor de los delitos consumados de porte ilegal de arma de fuego y municiones y cohecho. El Máximo Tribunal establece que las circunstancias descritas habilitaban a los policías, para, a lo menos, practicar un control preventivo de identidad conforme a la Ley 20931. Por consiguiente, al verificarse indicios del todo objetivos de la presunta comisión de un ilícito durante el desarrollo del control de identidad preventivo, los agentes tenían permitido realizar un control de identidad investigativo conforme al art. 85 CPP. En suma, los funcionarios se encontraban facultados para el registro de vestimentas que derivó en el hallazgo del objeto del primero de los delitos materia de la acusación. Por consiguiente, se descarta la arbitrariedad en el actuar policial y se declara que se rechaza el presente recurso (Considerando 4º, 5º, 6º). 29

5. Acoge recurso de apelación presentado por la defensa en contra de resolución que rechazó acción de amparo presentada en favor de imputado adolescente. Corresponde respetar los límites máximos de pena establecidos en el art. 18 de la Ley 20084 (Corte Suprema de Justicia 11.10. 2019 ROL 28993-2019)..... 36

SÍNTESIS: Se acoge recurso de apelación deducido por defensora penal pública en contra de la resolución de la ltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt que rechazó la acción de amparo constitucional interpuesta en favor del imputado adolescente N.I.B.R. La sentencia recurrida negó la solicitud de la defensa en orden a adecuar la pena impuesta en la causa RUC 1500395012-0 seguida ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Castro, que condenó al imputado a dos penas de cinco años y un día de internación en régimen cerrado como autor de los delitos de robo con resultado de lesiones graves gravísimas e incendio. El Máximo Tribunal establece que la Ley 20084 fijó un régimen penal diferenciado en aspectos sustantivos y procesales asegurando un modelo garantista y moderado respecto de los adolescentes, conforme a la normativa internacional vigente. En este sentido, deben respetarse los límites máximos de penalidad impuestos por la legislatura especializada en la materia. Se revoca la sentencia apelada, ajustándose la sanción a una única pena de diez años de cumplimiento en régimen cerrado. 36

6. Se rechaza Acción Constitucional de Amparo impetrada por Defensoría Penal Pública. Considera la Corte que la nueva normativa da una regla interpretativa que asienta que deben considerarse los requisitos del beneficio de libertad condicional en la época de postulación, no cumpliendo los condenados con dichos requisitos y no habiendo, por tanto, vulneración de garantías (CA de Valdivia 18.04.2019 ROL 25-2019) 39

SINTESIS: La defensa interpone recurso de amparo en contra del CET de Valdivia, argumentando la exclusión de los condenados del proceso de postulación al beneficio de

la libertad condicional, por efecto de la aplicación de una reforma legal que en su concepto les perjudica, en atención a que hace más estricta la forma de considerar los requisitos para optar a tal beneficio, alegando la irretroactividad de la ley penal desfavorable en materia penitenciaria y que en consecuencia, tomando como referencia la comisión del delito son normas irretroactivas. La nueva normativa da una nueva regla interpretativa legal que asienta que deben considerarse los requisitos del beneficio de libertad condicional a la época de postulación y que en consecuencia los sentenciados no cumplen por el momento con los requisitos para postular al beneficio, por no concurrir a la época de su postulación con todos los requisitos que impone la normativa en análisis, razón por la que la acción de amparo es desestimada. (Considerando 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º)

..... 39

7. Se acoge la Acción Constitucional de Amparo impetrado por Defensoría Penal Pública. Se considera que la modificación del Decreto Ley 321 por la ley Nº 21.124 no puede afectar a personas que han sido condenadas previa a dicha modificación por aplicación del principio de la irretroactividad de la ley penal desfavorable. (CA de Valdivia 03.04.2019 ROL 30-2019)..... 45

SÍNTESIS: Defensa interpone Acción Constitucional de Amparo en contra del Complejo Penitenciario de Valdivia por excluirse a los condenados del proceso de postulación al beneficio de la libertad condicional, por efecto de la aplicación de una reforma legal que les perjudica, en atención a que hace más estricta la forma de considerar los requisitos para optar a tal beneficio. Estima la Corte que el ámbito de aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable se extiende a los distintos aspectos del Derecho Penal Sustantivo, incluyendo también lo relativo a la ejecución penitenciaria. Se establece que no se trata en la especie de una mera expectativa para el condenado que deba quedar fuera de la irretroactividad o de la ultraactividad de la ley penal más favorable, sino que, por el contrario, responde a un medio de prueba establecido por ley, que en definitiva consagra un régimen de cumplimiento de la pena. (Considerando 2º, 3º, 4º, 5º, 6º) 45

8. Se acoge Acción Constitucional de Amparo interpuesta por Defensoría Penal Pública en contra del Consejo Técnico de Gendarmería de Chile, debiendo restituirse el beneficio de salida de fin de semana que gozaba el interno y mantenerlo mientras no se acrediten las circunstancias de revocación establecidas en el art. 113 del Decreto 518. (CA de Valdivia 22.05.2019 ROL 34-2019)..... 51

SÍNTESIS: Defensa interpone recurso de amparo en contra del Consejo Técnico de Gendarmería de Chile, GEMCHI, que tomó la decisión de revocar el beneficio de salida de fin de semana que tenía el interno. La Corte establece que el amparado se encontraba haciendo uso del beneficio de salida de fin de semana, contemplado en el art. 96 del Reglamento de Establecimientos penitenciarios, permiso que fue suspendido por haber cometido el presunto delito de lesiones con arma blanca, resuelve que la decisión recurrida se dictó sin apego a lo dispuesto en el artículo 113 del Decreto 518, razón que hace necesario se acoja el presente recurso, teniendo en consideración, que las decisiones de la autoridad competente, en orden a restringir la libertad ambulatoria de las personas que se encuentran bajo su custodia haciendo uso de beneficios intrapenitenciarios, deben ser adoptadas de manera restrictiva y cuando concurren efectivamente las condiciones que la ley consagra para ello, por afectar garantías constitucionales si resultan contrarias a ellas. (Considerando 5º, 6º, 8º)..... 51

9. Acoge acción de amparo interpuesta por la defensa. Arresto decretado contra imputado adolescente según el art. 530 Nº3 COT es desproporcionado a la luz de la normativa internacional y legal especializada en la materia (CA Valdivia 21.06.2019 ROL 48-2019)..... 56

SINTESIS: Defensa interpone acción de amparo constitucional a favor del imputado adolescente L.M.S.G. Indica que el Juez de Garantía de Valdivia, don Fabián Duffau García, decidió imponer la medida disciplinaria de arresto por cuatro días, contemplada en el art. 530 N°3 COT, motivado por el mal comportamiento del imputado durante la audiencia de formalización. La Corte establece que los adolescentes constituyen un sujeto especial de protección para el ordenamiento jurídico y toda la actividad estatal ante el ilícito ha de ejecutarse sin desatender su interés superior. Así, siempre debe adoptarse aquella medida que asegura la máxima satisfacción de los derechos y la menor restricción de ellos (Considerando 3°). Tratándose de un adolescente infractor, debe primar una interpretación más favorable a su responsabilización y reinserción social, en concordancia con las normas internacionales y legales citadas. En concreto, la medida de arresto decretada aparece desproporcionada a la luz de la normativa que protege la dignidad de los adolescentes infractores de ley (Considerando 7°)..... 56

10. Acoge recurso de amparo interpuesto por defensa penitenciaria. A falta de norma expresa, y según el principio *in dubio pro reo*, son procedentes los abonos heterogéneos, aun cuando deriven de excesos de tiempo cautelares de privación de libertad (CA Valdivia 17.07.2019, ROL 60-2019)..... 65

SINTESIS: Defensora Penal Penitenciaria recurre de amparo en favor de R.Y.Y., condenado como autor del delito de hurto simple a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, por el Juzgado de Garantía de Valdivia. El recurso se presenta en contra de una resolución que rechazó la solicitud de la defensa tendiente al reconocimiento de abonos heterogéneos. El Tribunal de Alzada establece que la decisión del sentenciador importa una expresión de ilegalidad, puesto que ha incorporado a las normas citadas un requisito que ellas no contemplan y que su aceptación constituiría una vulneración del principio de interpretación restrictiva de la Ley Penal y Procesal Penal. Complementariamente, señala que existe un escenario jurisprudencial evolutivo sobre esta materia, en orden a aceptar estos abonos heterogéneos, teniendo como principal fundamento el objetivo global de la Reforma Procesal Penal, cual es la maximización de las garantías en materia de derechos fundamentales, con especial énfasis en algunos principios, entre los que se cuenta el de *in dubio pro reo*. Se acoge la acción constitucional de autos (Considerando 4°, 5°, 6°, 7°, 8°)..... 65

11. Rechaza recurso de amparo interpuesto por Defensoría Penal Pública. Las conductas señaladas como vulneratorias de derechos fundamentales encuentran justificación en el contexto de alteración del orden y la convivencia del establecimiento penitenciario y se ajustan a las facultades legalmente concedidas a Gendarmería de Chile (CA de Valdivia 26.09.2019 ROL 72- 2019). 72

SÍNTESIS: Defensa interpone recurso de amparo a favor de todos los internos habitantes del módulo N°12 del Complejo Penal Penitenciario de Valdivia, en contra de Gendarmería de Chile. Indica que los internos pertenecientes a dicha unidad fueron sometidos a un procedimiento de registro y allanamiento que incluyó desnudamientos parciales, para posteriormente ser trasladados a dependencias ubicadas al exterior del módulo, donde fueron mantenidos a la intemperie bajo duras condiciones climáticas sin vestimentas apropiadas por un tiempo aproximado de 4 horas, dejándolos sin alimentación durante toda la tarde. En suma, solicita que se declare la ilegalidad de las citadas actuaciones y se adopten las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la tutela de los derechos fundamentales vulnerados. El Tribunal de Alzada establece que, considerando las circunstancias detalladas, los derechos de que gozan los internos fueron restringidos excepcionalmente como consecuencia de alteraciones en el orden y la convivencia del establecimiento penitenciario, donde la reacción de la autoridad penitenciaria fue proporcional al desorden reconocido (Considerando 6°)..... 72

12. Rechaza recurso de nulidad presentado por la defensa. El parentesco es un vínculo relacional que se ostenta respecto de personas que mantienen relaciones mutuas. El parentesco por afinidad, en los términos del Código Civil, no excluye a las personas solteras. (CA Valdivia 25.06.2019 ROL 440-2019)..... 80

SÍNTESIS: Se trata de un recurso de nulidad presentado por defensor penal público en contra de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia que condenó a la imputada S.H.C.C., por el delito consumado de lesiones graves en contexto de violencia intrafamiliar, previsto y sancionado en el art. 397 N°2 CP. La sentencia señala que el tribunal a quo no incurrió en una errónea aplicación del derecho, toda vez que la conceptualización que hace el art. 31 CC del parentesco por afinidad no excluye a la persona soltera, sino que define el vínculo partiendo por uno de los sujetos de la relación para vincularlo con los parientes consanguíneos del marido o mujer. Por tanto, en la especie se configura el parentesco por afinidad entre la condenada y la víctima, satisfaciendo las exigencias del art. 5 L. 20066 (Considerando 7°)..... 80

13. Se acoge recurso de apelación interpuesto por la parte querellante en contra de la resolución que resolvió declarar el abandono de la querrela, por la no adhesión al requerimiento presentado por el Ministerio Público en juicio simplificado. Se establece que, dadas las especiales características de este tipo de procedimiento, se entiende por cumplido el trámite de adhesión a la acusación con la presencia del querellante a la audiencia de preparación de juicio oral simplificado (CA Valdivia 13.06.2019 ROL 450-2019). 85

SINTESIS: Se trata de un recurso de apelación interpuesto por la parte querellante en contra de la resolución dictada por la Jueza de Garantía (S) de Río Bueno que resolvió declarar el abandono de querrela, por la no adhesión del requerimiento presentado por el Ministerio Público en juicio simplificado. La Corte estableció que la aplicación supletoria de las normas del Procedimiento Ordinario al Procedimiento simplificado es excepcional, en la medida de que las normas se adecúen a la brevedad y simpleza de este último, cuestión que no se condice con la exigencia de manifestación explícita y dentro de plazo de 15 días para que la parte querellante adhiera a la acusación fiscal, bastando para entender cumplido dicho trámite con la presencia del querellante en la audiencia de preparación de juicio oral simplificado, como ocurrió en la especie. 85

14. Acoge recurso de apelación. Recurren Ministerio Público y defensa en contra de la resolución que rechazó la solicitud de someter a imputado a tramitación conforme a las reglas del procedimiento abreviado. En el presente caso la decisión judicial no se condice con las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico (CA Valdivia 13.06.2019 ROL 451-2019)..... 87

SINTESIS: Se trata de un recurso de apelación presentado por Ministerio Público y defensa en contra de la resolución dictada por el Juzgado de Letras y Garantía de Río Bueno, en orden a someter a la tramitación conforme a las reglas del procedimiento abreviado en causa seguida por los delitos de tenencia ilegal de arma de fuego y municiones en contra de acusado H.A.H.W. Ambos intervinientes señalan que dado que la adquisición del arma y municiones se efectuó el año 2008, sería aplicable la ley penal vigente en ese momento, es decir, la norma del art. 9 de la Antigua Ley sobre Control de Armas. La Corte establece que los antecedentes de la investigación son suficientes para proceder de conformidad a las normas del procedimiento abreviado y que, no obstante el Juez de Garantía tiene un rol decisivo en la admisión o rechazo de dicho procedimiento, en el presente caso la decisión no se condice con las facultades que le entrega el ordenamiento jurídico (Considerando 4°)..... 87

15. Rechaza recurso de hecho interpuesto por la parte querellante en contra de la resolución dictada por el Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli que declaró inadmisibles un recurso de apelación interpuesto contra resolución que comunica la facultad de no perseverar. La apelación no es procedente pues la resolución atacada solo comunica una decisión privativa del Ministerio Público (CA Valdivia 18.06.2019 ROL 454-2019)..... 89

SINTESIS: Juez de Garantía de Panguipulli declaró inadmisibles el recurso de apelación interpuesto por la parte querellante en contra de la resolución que comunica la decisión de no perseverar en el procedimiento. A consecuencia de ello la parte querellante interpuso un recurso de hecho pidiendo que se acoja el recurso y se declare que la apelación que no fue concedida, es admisible, ya que la resolución impugnada pone término al juicio o hace imposible su prosecución de acuerdo a los términos del art. 370 CPP. El Tribunal de alzada estima que la resolución atacada no pone término al procedimiento ni hace imposible su prosecución, por cuanto únicamente tuvo presente la comunicación del Ministerio Público, respecto a una decisión que se encuentra dentro de sus facultades privativas y exclusivas, motivo por el cual la apelación no es procedente, máxime si se considera que la ley procesal penal no ha concedido expresamente el recurso en esta materia (Considerando 3º)..... 89

16. Rechaza recurso de nulidad impetrado por la defensa. Recurrente arguye que la prueba rendida fue insuficiente, puesto que se basó únicamente en la declaración de la víctima, quien se retractó. La prueba se valoró correctamente y la retractación de la víctima obedece a una dinámica de violencia de género que debe ser tomada en cuenta en el ejercicio de la labor jurisdiccional (CA Valdivia 24.07.2019 rol 459-2019). 91

SINTESIS: La defensa recurre de nulidad en contra de la sentencia pronunciada por el Juzgado de Garantía de Mariquina que condenó a A.M.P.R. por los delitos consumados de lesiones menos graves y amenazas no condicionales, ambos en contexto de violencia intrafamiliar. A juicio de la Corte la prueba se valoró acorde a las facultades del tribunal a quo. Además, establece que los delitos están insertos dentro del fenómeno cultural de violencia de género y que la retractación de la víctima forma parte de las dinámicas propias de ella, valorando este elemento el Tribunal de Alzada al momento de asignarle valor probatorio a la declaración de los testigos. Indica que la labor jurisdiccional implica combatir las discriminaciones dando cumplimiento a las obligaciones constitucionales derivadas del art. 5 inc. 2º, remitiéndose a tratados internacionales relativos a la materia, lo que no implica, necesariamente, afectar la presunción de inocencia del imputado (Considerandos 4º, 5º)..... 91

17. Rechaza Recurso de Nulidad presentado por la defensa. Recurrente arguye que debió considerarse conjuntamente las atenuantes del art. 11 N°9 CPP y 22 L 20000 puesto que los hechos en los que se funda el delito son independientes. Según el Tribunal de Alzada, los hechos son sucesivos y concatenados y, por tanto, no cabe valorar un mismo elemento en dos momentos distintos. Se impone la atenuante específica del art. 22 L 20000 por aplicación del principio de especialidad (CA Valdivia 06.08.2019 ROL 520-2019)..... 95

SINTESIS: Se trata de un recurso de nulidad impetrado por la defensa contra la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia que condenó a la acusada M.C.E.P. por el delito de Tráfico Ilícito de drogas, previsto y sancionado en el art. 3 L20000. El Tribunal de Alzada establece que el tribunal a quo no incurrió en una errónea aplicación del derecho, puesto que no es posible escindir los hechos que acontecieron en una misma jornada y se desarrollaron en orden sucesivo, de hecho, una interpretación contraria

podría acarrear el riesgo de condena por más de una figura delictual. Indica que la dogmática ha sostenido la absoluta incompatibilidad de ambas figuras atenuantes, al estar enfrentados a un problema de concurso aparente de leyes penales, o a uno de interpretación a resolverse mediante la aplicación de los principios de consunción o especialidad. En la especie, y en virtud de la aplicación de dichos principios, se impone la atenuante específica del art. 22 L20000 (Considerando 6º, 7º, 8º). 95

18. Rechaza recursos de nulidad presentados por defensores penales públicos. La Corte establece que en ausencia de delimitación de la circunstancia agravante descrita en el art. 12Nº16 CPP, se consideró correctamente que los delitos involucrados poseen la misma conducta basal, bastando para configurar la agravante en comento (CA Valdivia 02.08.2019 ROL 534 – 2019) 101

SINTESIS: Las defensas de ambos condenados interponen recurso de nulidad contra la sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Valdivia que condenó a L.E.S.P. y a H.G.G.M. por el delito de robo con intimidación. Refieren que se les aplicó erróneamente la agravante de reincidencia específica descrita en el art. 12 Nº16 CP. La Corte establece que en ausencia de norma que defina el contenido de la agravante en examen, siguiendo criterios jurisprudenciales, se ha tenido como factor concatenado inicial el bien jurídico protegido por las normas concernidas, que se intersectan en lo tocante al dominio y se asocian en cuanto a la proximidad en su forma de perpetración, ya que tanto en el delito de robo con intimidación como en el cometido en lugar habitado y por sorpresa se envuelve un potencial atentado contra la integridad física. Finalmente, señala que los ilícitos de robo por sorpresa y robo con intimidación existe la cercanía conceptual necesaria para calificar en la norma de incremento de penalidad (Considerando 4º, 14º) 101

19. Rechaza recurso de nulidad impetrado por la defensa. Los hechos descritos permiten dar por acreditada la existencia del ánimo de apropiación. El art. 7 CP no exige que se principie la ejecución de todos los elementos del tipo penal (CA Valdivia 07.08.2019 ROL 535- 2019). 111

SINTESIS: Se trata de un recurso de nulidad presentado por la defensa del condenado S.E.R.C. en contra de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, que lo condenó por dos delitos de tentativa de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado y en lugar destinado a la habitación. Refiere que el Tribunal incurrió en una errónea aplicación del derecho, toda vez que debió condenar por dos delitos consumados de violación de morada. La Corte establece que interpretar dicho artículo en la forma que pretende el recurrente vulnera la letra y el sentido de la disposición. Respecto al ánimo de apropiación, señala que si el hechor no proporciona una explicación alternativa satisfactoria respecto a los hechos fundantes, no cabe sino concluir que alguien que se introduce “con forado, fractura, escalamiento (...) en algún aposento, casa, edificio habitado o destinado a la habitación (...)” no puede sino estar intentando robar (Considerando 7º, 8º)..... 111

20. Rechaza recurso de nulidad presentado por la defensa. El Tribunal a quo incurrió en una errónea aplicación del derecho al considerar la circunstancia agravante del art. 449bis CP para un delito contemplado fuera del párrafo correspondiente del citado cuerpo legal. No obstante, considerando la gravedad del mal causado, el yerro no influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo (CA De Valdivia 06.08.2019 ROL 545-2019). 116

SINTESIS: La defensa del condenado P.A.R.S. deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia mediante la cual se le condenó por los delitos consumados de robo con homicidio e incendio en lugar destinado a servir de morada. Señala que el Tribunal incurrió en una errónea aplicación del derecho

al aplicar la agravante especial del art. 449bis CP, lo que incide sustancialmente en el cuántum de la pena. El Tribunal de Alzada establece que, en efecto, el tribunal a quo cometió un error de derecho al aplicar dicha agravante a un delito que no se encuentra ubicado en los párrafos 1,2,3,4 y 4bis, por cuanto el tipo penal del art. 476 CP se encuentra ubicado en el párrafo 9, donde lo único que lo une con los ilícitos en que sí procede la agravante, es el título bajo el cual se encuentran regulados, es decir, el Título IX de ese cuerpo legal. Sin embargo, señala, si se elimina hipotéticamente la agravante en estudio, se permitiría la imposición de la pena recorriendo toda la extensión de la misma. Teniendo esto en consideración, y especialmente el razonamiento de los sentenciadores en cuanto a la extensión de mal causado, resulta ser que el error en que se ha incurrido no ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, razón por la cual el recurso es rechazado (Considerando 9º, 11º, 12º)..... 116

21. Acoge Recurso de Nulidad presentado por la Defensoría. El hecho que sirvió a la condena no se encuentra tipificado en la ley penal (CA Valdivia 29.07.2019 ROL 554-2019)...... 122

SINTESIS: La defensa interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Garantía de Valdivia que condenó al imputado como autor del delito de porte y tenencia de elementos conocidamente destinados para cometer el delito de robo en grado de ejecución consumado. Estima que el tribunal incurrió en una errónea aplicación del derecho, toda vez que las conductas descritas en el fallo no constituyen el delito previsto y sancionado en el art. 445 CP. El Tribunal de Alzada establece que, en efecto, atendida la ubicación sistemática del art. 445 CP, dentro del párrafo 3º destinado a delitos de robo con fuerza, el objeto material del ilícito no es un elemento idóneo para configurar el delito descrito en la norma citada. Al dictarse sentencia condenatoria por un hecho que no se encuentra tipificado en la ley penal, se ha efectuado una errónea aplicación del derecho que ha influido en lo dispositivo del fallo, por tanto, amerita acoger el recurso de nulidad (Considerando 4º, 5º)..... 122

22. Corte rechaza recurso de nulidad impetrado por defensor privado. La cadena de hechos materia de la investigación excede a la calificación jurídica pretendida por la defensa. El examen de pureza no afecta la tipicidad ni antijuricidad (CA Valdivia 26.07.2019 ROL 555-2019)...... 126

SINTESIS: Se trata de un recurso de nulidad impetrado por defensor privado en contra de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno que condenó al imputado como autor del delito de tráfico de drogas, previsto y sancionado en el art. 3 L20000. Refiere que los juzgadores incurrieron en una errónea aplicación del derecho al condenar a su representado, pues los hechos materia de la causa debieron ser calificados como Tráfico de pequeñas cantidades de drogas, prevista en el art. 4 del mismo cuerpo normativo. Argumenta que no se ponderó adecuadamente la cantidad, capacidad y aptitud de la sustancia para afectar el bien jurídico protegido. El Tribunal de Alzada establece que el tribunal a quo calificó acertadamente los hechos que sirvieron a la decisión condenatoria, puesto que se enmarcan en una investigación que data de un mes, originada por la denuncia de un tercero, en la que se desplegaron diversas técnicas investigativas -debidamente autorizadas por el Juez- lo que develó un emprendimiento delictual continuo vinculado a la transacción de drogas. Por consiguiente, la cadena de hechos materia de la investigación exceden a la calificación jurídica pretendida por la defensa. Finalmente, señala que el Máximo Tribunal ha sostenido que la pureza de la droga no tiene incidencia en la tipicidad, como tampoco el resultado del examen de pureza influye en la antijuricidad. No corresponde anular la sentencia impugnada, ni dictar una de reemplazo (Considerando 6º, 9º). 126

23. Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa. El desistimiento se configura cuando el sujeto se abstiene voluntariamente de proseguir ejecutando una acción, en circunstancias que podría continuarla (CA Valdivia 09.08.2019 ROL 557 -2019) 132

SINTESIS: Defensa recurre de nulidad en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia que condenó a los imputados M.A.V.H. y A.S.V.R. como autores del delito tentado de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación. La Corte establece que el Tribunal ha aplicado correctamente el art. 7 CP, pues los agentes dieron principio de ejecución del ilícito mediante hechos directos, necesarios para poner en marcha un curso causal apto para producir el hecho típico, el que no logra consumarse por la presencia de testigos. El desistimiento es voluntario si el sujeto se abstiene de seguir ejecutando la acción, en circunstancias que habría podido continuarla. En ese sentido, la sentencia impugnada no establece que los acusados desistieran voluntariamente de ingresar al inmueble, sino que lo hicieron al percatarse de la presencia de testigos. Ello es suficiente para rechazar las alegaciones de la defensa (Considerando 13º, 14º)..... 132

24. Rechaza recurso de nulidad interpuesto por Fiscal del Ministerio Público. Los juzgadores aplicaron correctamente la herramienta de Control de Convencionalidad, mandatada por la CPR en sus arts. 5, 6 y 7, para estimar procedente la pena sustitutiva de privación de libertad para delito contemplado en la Ley de Control de Armas (CA Valdivia 14.08.2019 ROL 606-2019) 139

SINTESIS: Ministerio Público recurre de nulidad contra la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia que condenó al acusado G.A.C.B. como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego, estimando que se reúnen los requisitos del art. 15bis L18216 para imponerle al sentenciado la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva. Estima que dicha decisión significó una errónea aplicación del derecho por parte de los juzgadores, ya que el art. 1 del citado cuerpo legal no permite imponer penas sustitutivas de libertad al delito materia de la causa. Refiere que, para ese propósito, los sentenciadores se atribuyeron el ejercicio de un control de constitucionalidad difuso que le está exclusivamente encomendado al Tribunal Constitucional. La Corte resuelve que los jueces del grado aplicaron correctamente el Control de Convencionalidad mandatado por la CPR en sus arts. 5 inc. 2º, 6 y 7, con el objeto de determinar que la norma del art. 1 L18216 es contraria a los derechos de igual protección ante la ley y a un procedimiento racional y justo, consagrados en la CADH e incorporados al ordenamiento jurídico nacional mediante el art. 5 inc. 2º CPR, precepto que según los arts. 6 y 7 de la Carta Fundamental es obligatorio para todos los agentes del Estado. A mayor abundamiento, señala que la norma del art. 1 L18216 es desproporcionada, toda vez que permite aplicar penas sustitutivas de libertad a delitos de mayor lesividad y penalidad que el delito de autos (Considerando 7º, 8º, 9º)..... 139

25. Rechaza recurso de nulidad impetrado por la defensa. El hecho de que el arma de fuego contenga las municiones no excluye que se configuren dos delitos diferenciados (CA Valdivia 03.09.2019, ROL 640-2019)..... 147

SINTESIS: Defensa recurre de nulidad contra de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno que condenó al imputado E.Z.S. como autor de los delitos de porte ilegal de arma de fuego y tenencia ilegal de municiones. A juicio del recurrente los juzgadores incurrieron en una errónea aplicación del derecho, pues correspondía condenar a su representado únicamente por el delito de porte ilegal de arma de fuego, por aplicación del principio de consunción. El Tribunal de Alzada establece que el tribunal a quo razonó acertadamente en orden a que en nada influye que las municiones estén

dentro o fuera del arma que se tiene o porta, de hecho, lo único que cambia es que la situación es de mayor peligrosidad para el bien jurídico que la norma protege. Señala que concuerda con la argumentación jurisprudencial de la Excma. Corte Suprema, en lo tocante a que el delito de tenencia de arma de fuego no exige que el artefacto portado cuente con municiones en su interior para entender que se configura el tipo penal. Además, lo descrito no influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues la pena se impuso en el tramo mínimo por no concurrir circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Se rechaza el recurso de nulidad (Considerando 2º, 4º)..... 147

26. Rechaza recurso de nulidad presentado por la defensa. La agravante del art. 368 CP tiene como fundamento la situación ventajosa del hechor para cometer el delito, circunstancia que se verifica en la especie (CA Valdivia 13.09.2019 ROL 671-2019) 150

SINTESIS: Defensa recurre de nulidad contra la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia que condenó al acusado M.A.C.A. Solicita que se anule el juicio oral invocando la causal del art. 374 letra e) CPP, alegando falta de prueba suficiente para lograr convicción de condena. En subsidio, pide que se anule únicamente la sentencia recurrida invocando la causal del art. 373 letra b) por haber condenado considerando la circunstancia agravante del art. 368 CP. El Tribunal de Alzada establece que la versión de la víctima fue corroborada por varios otros elementos probatorios, no existiendo carencia de razonamiento lógico entre los medios probatorios incorporados y lo que el Tribunal a quo tuvo por establecido. Respecto a la aplicación de la agravante citada, refiere que el fundamento de ella es la circunstancia de encontrarse el autor en una posición más ventajosa para la ejecución del delito, en razón de un vínculo jurídico o moral que deja a la víctima en una situación de dependencia respecto de aquél. En la especie, además del parentesco a considerar, se verifica la posición de autoridad exigida por la norma, puesto que el acusado fue identificado como el encargado de satisfacer las necesidades económicas del grupo familiar. Por consiguiente, en atención al principio de especialidad, se aplicó correctamente la agravante del art. 368 CP (Considerando 13º, 16º, 17º). 150

27. Acoge recurso de nulidad presentado por la defensa. Los hechos que se tuvieron por acreditados son constitutivos de un solo delito, absorbiendo el primer hecho al segundo. (CA Valdivia 11.09.2019 ROL 674-2019)..... 155

SINTESIS: Defensa recurre de nulidad contra la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno que condenó al acusado P.A.V.D. como autor de los delitos de tenencia ilegal de arma de fuego y tenencia ilegal de municiones. Señala que, erróneamente, se condenó a su representado por dos delitos, no obstante, el delito de tenencia ilegal de arma de fuego desplaza al concurrente de tenencia ilegal de municiones y sólo se aplica la pena del desplazante. Según el Tribunal de Alzada, los hechos que se tuvieron por acreditados son constitutivos de un solo delito, toda vez que el segundo -porte de cartuchos sin autorización- se encuentra subsumido en el primero, es decir, la tenencia de la escopeta. Se configura un concurso aparente de leyes penales. Por tanto, constata que se incurrió en el vicio descrito en el art. 373 letra b) de la Ley Procesal Penal, y declara que se acoge el presente recurso, anulando la sentencia sólo en lo que se refiere a la decisión segunda de su parte resolutive y los considerandos pertinentes (Considerando 5º, 7º, 8º)..... 155

28. Acoge recurso de nulidad presentado por la defensa. Anotación relativa a auto de procesamiento no es fundamento válido para denegar la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior (CA Valdivia 10.09.2019 ROL 704-2019) 161

SINTESIS: Defensa recurre de nulidad contra la sentencia de Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno que condenó al acusado F.J.G.M. como autor del delito de homicidio

frustrado. Refiere que los juzgadores incurrieron en una errónea aplicación del derecho al no considerar la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, argumentando la existencia de una anotación en el extracto de filiación y antecedentes del acusado, relativa a un sometimiento a proceso por hechos acaecidos estando vigente el sistema penal inquisitivo de justicia penal. El Tribunal de Alzada establece que, en efecto, la interpretación efectuada por la sentencia en torno a la atenuante alegada constituye un error de derecho, toda vez que denegarla en razón a una anotación relativa a un auto de procesamiento que no derivó en sentencia condenatoria resulta contrario al principio de presunción de inocencia. De esta manera, no existiendo otra anotación en el extracto de filiación y antecedentes, la atenuante debió haber sido acogida. Por tanto, declara que se acoge el presente recurso de nulidad (Considerando 5º, 6º)..... 161

29. Rechaza Recurso de Nulidad presentado por defensa particular. Se establece que la sentencia definitiva se ajusta a derecho al considerar que las penas accesorias del ilícito no quedan cubiertas por los beneficios de la Ley 18.216, sino sólo la principal (CA Valdivia 17.09.2019 ROL 739 - 2019)..... 165

SINTESIS: Defensa privada interpone recurso de nulidad alegando la causal del art. 373 letra b) Código Procesal Penal, acusando que en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho, en particular al condenar al representado a diversas penas accesorias, en circunstancias que le fue concedida una pena sustitutiva, que en su concepto tiene la potencialidad de sustituir no solo la pena privativa de libertad, sino que todas aquellas otra de naturaleza accesoria, en particular aquella que contemplada en el art. 30 del Código Penal. La Corte rechaza el recurso de nulidad argumentando que no puede suspenderse lo accesorio de una sanción principal, pues las penas accesorias del ilícito no quedan cubiertas por los beneficios de la Ley 18.216, sino sólo la principal. (Considerando 6º, 7º) 165

30. Acoge recurso de hecho presentado por defensa particular. Se argumenta que la entrega de la cosa estafada a la víctima es apelable por tratarse de una sentencia interlocutoria que falla un incidente del juicio estableciendo derechos permanentes para las partes al tenor del art. 187 del Código Procesal Penal en relación con el art. 52 del Código de Procedimiento Civil. (CA De Valdivia 08.10.2019 ROL 841-2019) 168

SINTESIS: Defensa interpone recurso de hecho argumentando que la resolución que ordena al querellado la entrega de un vehículo corresponde a una acción de carácter civil para la restitución de la cosa conforme a lo dispuesto en el art. 59 inc. 1º del Código Procesal Penal, el cual debe ser sustanciado en conformidad al art. 189 del cuerpo legal citado. La Corte estima que la resolución apelada que se pronuncia en el proceso penal sobre la entrega de la cosa estafada a la víctima es apelable conforme a lo dispuesto en el artículo 370 letra a) CPP al poner término a la tramitación de dicho procedimiento. Por lo demás, al no existir regulación expresa acerca de la impugnación de la decisión a que se refiere el artículo 189 inc. 2º del Código Procesal Penal, no resulta aplicable la limitación recursiva prevista en el art. 370 del mismo Código. Por consiguiente, el tenor de lo dispuesto en el art. 52 del Código Procesal Penal en relación con el art. 187 del Código de Procedimiento Civil, la resolución impugnada resulta apelable al tratarse de una sentencia interlocutoria que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes para las partes. (Considerando 2º, 3º, 4º). 168

31. Acoge Recurso de Nulidad interpuesto por Fiscal del Ministerio Público. Se estima que el delito de desacato, cuando hay una prohibición de acercarse a la víctima, se produce con la sola circunstancia de concurrir el acusado al domicilio, no siendo exigencia el ingreso a este. (CA Valdivia 28.10.2019 ROL 850-2019) 171

SINTESIS: Ministerio Público interpone recurso de nulidad previsto en el art. 374 letra e) por haberse omitido en la sentencia las exigencias del art. 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal, argumenta que la sentencia recurrida pronunciada el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal absolvió al acusado del delito de desacato porque la prueba rendida no logró formar en los sentenciadores el estándar de convicción que le obliga el art. 340 del Código Procesal Penal, estableciendo que para la realización del tipo sólo es posible cometer este delito con dolo directo. La Corte acoge el recurso estableciendo que la prohibición del imputado era la de acercarse a la víctima, a su domicilio, lugar de estudio y de trabajo, la prohibición no consiste en ingresar al domicilio, sino que se satisface con la sola circunstancia de concurrir el acusado al domicilio de la víctima, la prueba rendida no fue analizada, ni valorizada completamente, de acuerdo a los principios de la lógica en relación con sus parámetros de la no contradicción y de la razón suficiente, y estas en relación la prueba documental acompañada. En este contexto, la sentencia no analizó toda la prueba conforme que dispone el art. 297 del Código Procesal Penal, lo que hace procedente acoger esta causal del recurso y anular el juicio y la sentencia (Considerandos 2º, 4º, 7º y 8º). 171

32. Rechaza recurso de nulidad interpuesto por Defensoría Penal Pública. Se establece que es correcta la apreciación del TOP al dar la calificación jurídica de robo con intimidación y no de robo por sorpresa, argumentado que al ser la víctima una persona de menor fuerza física y que está siendo violentada por un sujeto, que en el proceso de acercamiento intima con urgencia y reiteración la entrega de la cosa, constituye la intimidación de la que versa el art. 439 del Código Penal. (CA de Valdivia 11.11.2019 ROL 861-2019)..... 176

SINTESIS: Se deduce por parte de la defensa recurso de nulidad del art. 374 letra e) en relación con el art. 342 letra c) y subsidiariamente se deduce el recurso de nulidad del art. 373 letra b) del Código Procesal Penal. La Corte estima que la intimidación a que se refiere el art. 439 del Código no requiere que exista un “maltrato de obra o de palabra”, la norma es clara en equiparar a la violencia, la intimidación en las personas a “los malos tratamientos de obra”, “las amenazas ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten” y en tercer lugar “a cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar la manifestación o entrega”, resultando claro, que al ser la víctima una persona de menor fuerza física, que está siendo violentada por un sujeto, y el acto de iniciar el proceso de acercamiento de un segundo sujeto que además intima con urgencia y reiteración la entrega, constituye la intimidación de la que habla el art. 439, de modo tal que al entenderlo de igual manera, la sentencia recurrida no ha podido incurrir en un error de Derecho que haga anulable, por esta razón se rechaza la causal del art. 373 letra b) del Código Procesal Penal (Considerando 3º, 7º, 8º, 9º, 11º, 12º). 176

33. Rechaza recurso de apelación interpuesto por Ministerio Público. Se confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de Valdivia que decretaba sobreseimiento definitivo por no mediar denuncia del art. 54 CPP. (CA de Valdivia 07.11.2019 ROL 946-2019) 183

SINTESIS: Ministerio Público apela de la resolución dictada por el Juzgado de Garantía de Valdivia que dispuso el sobreseimiento definitivo según lo dispuesto en la letra e) del art. 250 del Código Procesal Penal, agrega que no hay disposición alguna en el cuerpo legal que señale como causal de sobreseimiento el hecho de que habiéndose cometido un delito de aquellos del artículo 54 del Código Procesal Penal signifique el no denunciarlo una causal de sobreseimiento, menos podría estimarse que el hecho de no denunciar signifique que éste deje de ser delito, para asimilarlo con el art. 250 letra e) del Código Procesal Penal, la Corte confirma la sentencia impugnada. 183

34. Rechaza Recurso de Apelación interpuesto por Ministerio Público. Se estima que el art. 450 del Código Penal no es aplicable a adolescentes por aplicación de los artículos 2º y 21 de la Ley 20.084. (CA Valdivia 05.11.2019 ROL 963-2019)..... 185

SINTESIS: Ministerio Público interpone Recurso de Apelación contra sentencia dictada en Procedimiento Abreviado por motivo de calificarse el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación en un grado imperfecto, y no de consumado conforme a lo establecido en el art. 450 del Código Penal, además, por fijar penas en tiempos inferiores a los mínimos legales. La Corte estima que la penalidad en torno al grado de ejecución de los delitos contra la propiedad cuando estos han sido cometidos por adolescentes no es aplicable la regla del art. 450 del Código Penal, debido a que la ley N°20.084 tiene como fundamento la integración social de los adolescentes y no la retribución, así se extrae de los artículos 2º y 21 de la citada ley. Respecto a que las penas hayan sido impuestas en tiempos inferiores a los mínimos legales, el art. 23 de la ley 20.084 establece en sus 5 tramos, en materia de determinación de la naturaleza de la pena, los tiempos máximos a ser considerados, pero no los mínimos, pues estos últimos son sólo tiempos relativos, indiciarios y no obligatorios para el sentenciador. 185

35. Se acoge Recurso de Nulidad interpuesto por Defensa Particular. Se establece que se valoraron medios de prueba en contra de lo establecido en el art. 297 del Código Procesal Penal, no pudiendo entonces, llegar a la convicción de condena. (CA de Valdivia 09.12.2019 ROL 967-2019) 188

SINTESIS: Defensa interpone recurso de nulidad alegando la causal de errónea aplicación del derecho contenido en el art. 373 letra b) por mala aplicación, en concreto de los artículos 297 y 340, en relación con el art. 4 todos del Código Procesal Penal, afirmando que al dar por acreditada la existencia del delito de abuso sexual y valorar medios de prueba, se ha transgredido el art. 297 del CPP. La Corte respecto a la causal del art. 373 letra b) CPP, estima que se advierte que el relato de la víctima no tiene características necesarias para traspasar el umbral de la presunción de inocencia, precisamente por ser contradictorio con otros medios probatorios rendidos en el juicio, establece que el TOP ha efectuado una errónea aplicación del artículo en cuestión, al valorar medios de prueba en contra de la referida disposición legal, específicamente en lo que guarda relación con la lógica, conocimiento científicamente afianzados y las máximas de la experiencia; no pudiendo en definitiva llegar a la convicción de condena, al existir a lo menos duda razonable sobre la existencia del delito imputado, esto es, que en definitiva no se ha traspasado el umbral de presunción de inocencia, por tanto, acoge recurso de nulidad. (Considerando 2º, 3º y 4º) 188

36. Acoge Recurso de Nulidad presentado por la defensa. Recurrente aduce que hay un error en la aplicación del derecho al momento de decretar la pena accesoria de registro de huella genética a delitos de microtráfico o tráfico de pequeñas cantidades. (CA de Valdivia 09.12.2019 ROL 984-2019) 194

SINTESIS: : Defensa interpone recurso de nulidad fundado en la causal de nulidad prevista en el art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, argumenta que se cometió una errónea aplicación de derecho al momento de decretar la pena accesoria de registro de huella genética, ya que esta medida no debe entenderse aplicable a los delitos de microtráfico o tráfico en pequeñas cantidades, puesto que su origen legal, en el artículo 17 c) de la ley N°19970, ese procedimiento compulsivo está reservado para los delitos de elaboración o tráfico ilícitos de estupefacientes o delito terrorista, que tienen una gravedad que justifica la medida. La Corte estima que hay razones técnico-jurídicas y sustantivas para estimar que resulta evidente que el registro de la huella genética queda

normativamente reservado para delitos de una entidad criminal considerable, cosa que no ocurre con el microtráfico (Considerando 2º, 3º, 4º)..... 194

37. Se acoge Recurso de Nulidad impetrado por defensa particular. Se estima que para que se configure el delito penal de usurpación no violenta, no basta una mera ocupación material de inmueble, sino que debe acreditarse despojo del derecho habiente, teniendo como antecedentes intimidación, astucia o engaño. (CA de Valdivia 04.12.2019 ROL 985-2019)..... 197

SINTESIS: Defensa interpone recurso de nulidad invocando como causal principal la del art. 373 letra b) del Código Procesal penal argumentando que la errada aplicación de la ley consiste en haber aplicado la sentenciadora el tipo penal previsto en el art. 458 del Código Penal, en relación con el art. 457 del mismo cuerpo legal sin que concurren todos los elementos de tipicidad, esto porque para que se configure el tipo penal en análisis no basta la mera ocupación material del inmueble, sino que debe acreditarse que el despojo del derecho habiente tenga como antecedente el uso de intimidación, astucia o engaño por parte de la requerida, pues sino se prueba aquello se trataría de un conflicto civil. (Considerando 2º, 3º, 7º) 197

38. Se revoca resolución de alzada deducida por Ministerio Público, que decretó el sobreseimiento parcial y definitivo de la causa respecto a uno de sus hechos, y el auto de apertura en la que se excluyó prueba de cargo consistente a la declaración de un testigo (CA de Valdivia 26.11.2019 ROL 990-2019)..... 204

SINTESIS: Ministerio Público interpone recurso de apelación de audiencia de preparación de juicio oral simplificado en la que se excluyó el testimonio de una testigo por estimar que no se había cumplido con deber de registro por parte de la Fiscalía, en la misma audiencia, se abrió decretó sobreseimiento definitivo del art. 250 a) del Código Procesal Penal del hecho N°3 por haberse excluido a la única testigo del hecho. La Corte estima que el Juez de Garantía ha vulnerado el art. 276 del Código Procesal Penal al no satisfacer la falta de registro alguna de las hipótesis de la norma legal citada. (Considerando 3º, 4º, 7º) 204

39. Se acoge Recurso de Apelación impetrado por Defensoría Penal Pública. Se sustituye la pena privativa de libertad por la remisión condicional de la misma, por estimarse reunidas las exigencias del art. 4º de la Ley N°18.216, no considerándose el delito de maltrato habitual dentro del catálogo del art. 15 bis letra b) de la misma ley. (CA de Valdivia 06.12.2019 ROL 1089-2019)..... 209

SINTESIS: Defensa interpone recurso de apelación por sentencia sobre el delito de maltrato habitual, aplicándose la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva y no la de remisión condicional, incluso cumpliendo a cabalidad los requisitos del art. 4 de la ley N°18.216 y por no ser el delito de maltrato habitual contemplado en el art. 15 bis letra b) de la Ley N°18.216 y porque la sanción no excedía el “quantum” de la pena dispuesta por esa norma. La Corte estima que las normas en cuestión tienen un sentido claro, no pudiendo desatenderse su tenor literal, que exige no sólo que se trate de algunos de los delitos que enuncia, sino también que tenga asociada una pena en concreto que supere los quinientos cuarenta días, debiendo entender tanto que la enumeración que efectúa no puede sino ser taxativa, merced a la aludida interpretación restrictiva en materia penal excluyente de la analogía en perjuicio del sentencia, con lo que no podría extenderse a otras no contempladas aún por desprevisión legislativa 209

40. Se rechaza recurso de nulidad interpuesto por Ministerio Público. La Corte establece que la aceptación de responsabilidad en un procedimiento simplificado no puede ser considerada cuando hay errores en la investigación que no permitan acreditar la ocurrencia de los hechos, delimitando que en el art. 395 del CPP hay

una prohibición de no imponer una pena superior, pero no se extiende a la posibilidad de rebajar la sanción o absolver si se requiere. (CA de Valdivia 13.01.2019 ROL 1101-2019) 213

SINTESIS: Ministerio Público deduce recurso de nulidad por la causal del art. 373 b) del Código Procesal Penal, por errónea aplicación del derecho en contra de sentencia dictada en Procedimiento Simplificado, recurrente alega la transgresión del artículo 395 inciso final del mismo cuerpo legal, estableciendo que si el imputado admite su responsabilidad de manera libre y espontánea, el juez debe dictar sentencia condenatoria inmediata y no solicitar la revisión de los antecedentes de la carpeta investigativa. La Corte estima que la prohibición contenida en el art. 395 del Código Procesal Penal refiere a no poder imponer una pena superior a la solicitada en el requerimiento, pero no establece de modo alguno que el Tribunal pierda su facultad de rebajar la sanción o de absolver si el caso lo requiere, en el caso concreto no hay meros errores por parte de Fiscalía de transcripción ni menos tipográficos, se trata de la imputación de hechos que no ocurrieron, y respecto de los cuales la aceptación de responsabilidad no puede tener valor. (Considerando 3º, 6º, 7º)..... 213

41. Se rechaza el Recurso de Nulidad impetrado por Defensoría Penal Pública. Se alega que la calificación jurídica del delito de abuso sexual de menor de catorce años debe ser como delito continuado y no reiterado como estima el TOP de Osorno (CA de Valdivia 11.02.2020 ROL 1201-2019) 217

SINTESIS: Defensa interpone recurso de nulidad por la causal del art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, la defensa alega que hay una errónea aplicación del derecho por haber calificado el delito como reiterado y no como continuado. La Corte rechaza el recurso estimando que la figura delictual de “delitos continuados” ha recibido acogida en delitos de orden patrimonial, siendo discutida su extensión en el ámbito de otras figuras, mayoritariamente se ha sostenido que en aquellos casos en que el bien jurídico tutelado es de naturaleza personalísima, como la indemnidad sexual, se vulnera con cada ataque del que es objeto, siendo correcta la conceptualización como delito reiterado que hizo el Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, al haber calificado el delito de abuso sexual de menor de catorce años en carácter de reiterado, no apreciándose la concurrencia del vicio reclamado, al seguirse un criterio predominante en la jurisprudencia ante una figura no definida legalmente con limitada recepción de este tipo de delitos, imponiéndose la pena en su mínimo, considerando la reiteración, advirtiéndose adecuada proporcionalidad (Considerando 2º, 5º, 6º). 217

INDICES 221

Tribunal: Corte Suprema de Justicia

Rol: 9194-2019

Ruc: 1700960358-1

Delito: Robo en lugar habitado

1. **Rechaza Recurso de Nulidad impetrado por defensa particular, al considerar la Corte Suprema que no había vulneración de garantías fundamentales al haberse ajustado a derecho el control de identidad realizado por funcionarios policiales que tuvo como fundamento una situación de flagrancia, actuando, por tanto, dentro de su ámbito de competencia. ([Corte Suprema de Justicia 22.05.2019 ROL 9194-2019](#))**

Normas asociadas: CPR ART.19Nº3; CPP ART.373 a; CPP ART.83; CPP ART.85; CPP ART.130

Tema: Principios y Garantías del Sistema Procesal en el CPP; Etapa de investigación; Recursos; Garantías constitucionales.

Descriptor: Debido proceso; Prueba ilícita; Control de identidad; Flagrancia; Recurso de nulidad.

Magistrados: Lamberto Cisternas Rocha; Manuel Valderrama Rebolledo; Mauricio Silva Cancino; Diego Munita Luco; Antonio Barra Rojas

SINTESIS: Defensa recurre de nulidad con fundamento en la causal del art. 373 letra a) del Código Procesal Penal por haberse vulnerado el debido proceso durante el transcurso del procedimiento, haberse transgredido las normas relativas a la dirección exclusiva de la investigación penal por parte del Ministerio Público y por haberse vulnerado normas que aseguran un procedimiento e investigación racional. La Corte estima que pese a que la Constitución entrega al Ministerio Público la función de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, el Código Procesal Penal regula funciones de la policía entregándole un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. En el caso concreto se realiza un control de identidad por la hipótesis de flagrancia regulada en el art. 130 letra d) del Código Procesal Penal, los imputados fueron observados por funcionarios policiales portando especies procedentes del delito, pudiendo sospechar de su participación, sospecha que se agravó por el abandono de las especies en la vía pública y la huida de ambos, justificándose entonces el control policial. (Considerando 2º, 3º, 5º, 6º)

Texto íntegro:

Santiago, veintidós de mayo de dos mil diecinueve.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, por sentencia de veintiséis de marzo del año en curso, condenó a **S.M.S.G y a F.R.B.M, a sufrir cada uno de ellos la pena de 5**

años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, así como a la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena, en calidad de autores del delito de Robo en lugar habitado, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1 del Código Penal, en relación al artículo 432 ambos del Código Penal. Se dispuso el cumplimiento efectivo de la sanción corporal precedentemente señalada, así como se ordenó dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 19.970. Asimismo, la sentencia condena a **F.R.B.M.**, a sufrir el pago de una multa de Unidad Tributaria Mensual, como autor de la falta de ocultamiento de identidad, prevista y sancionada en el artículo 496 N° 5 del Código Penal.

La sentencia fue impugnada de nulidad por la defensa, recurso que se conoció en audiencia pública el dos de mayo pasado. Luego de la vista se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta suscrita en esa misma fecha.

Considerando:

Primero: Que el recurso deducido se funda únicamente en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, "*Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren* Oral no inhabilitado, ordenado que se excluya la prueba obtenida ilegítimamente por la policía.

Segundo: Que como se desprende del recurso, las afectaciones en que la defensa fundamentó la causal se originarían con motivo de la recolección de evidencia que se tacha de ilícita, inmersa, según su parecer, en un procedimiento de control de identidad al margen de la normativa que lo regula, y su posterior incorporación y valoración en el juicio oral. En particular se cuestiona la realización de diligencias investigativas policiales de cuya intervención arranca, de modo trascendental, la imputación delictiva contra los sentenciados como autores del delito de robo con fuerza en lugar habitado.

Tercero: Que como ya ha sostenido esta Corte en diversos pronunciamientos -SCS Roles N° 4653-13, de 16 de septiembre de 2013; N° 11767-13, de 30 de diciembre de 2013; N° 14275-16, N° 29534-14, de 20 de enero de 2015; N° 5711-15 de 09 de junio de 2015, N° 22199-16, N° 41060-16 entre otros-, si bien es efectivo que la Constitución Política de la República entrega al Ministerio Público la función de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, regla que repite su Ley Orgánica Constitucional y múltiples instrucciones de parte de la autoridad superior de aquél, el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación, conciliando su eficacia con el respeto a los derechos de las personas, para cuyo efecto el artículo 83 la compele a practicar la detención sólo en casos de flagrancia, situación que puede generarse con ocasión de un control de identidad.

Cuarto: Que, asimismo, este tribunal ha señalado reiteradamente que las disposiciones aludidas establecen que la regla general de la actuación de la policía es que realiza su labor bajo las órdenes o instrucciones del Ministerio Público y como excepción, su desempeño autónomo en la ejecución de pesquisas y detenciones en precisos y determinados casos delimitados claramente por el legislador. Incluso ha precisado un límite temporal para su vertiente más gravosa (las detenciones) con el objeto de eliminar o reducir al máximo la discrecionalidad en el actuar policial, conciliando una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos al

establecer en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano encargado por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado –y sometido a control jurisdiccional– en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos.

Quinto: Que la sentencia consignó a propósito de la situación que regula el artículo 83 del Código Procesal Penal, que “Que, la alegación de una eventual vulneración de garantías fundamentales en el actuar policial, al haber actuado fuera del marco de sus facultades autónomas, será desestimada, por las razones que a continuación se exponen:

1.- Que, si bien el actuar policial en los hechos se situó en el marco de un control de identidad, las circunstancias por ellos constatados permiten situar normativamente su actuar en la hipótesis de flagrancia contemplada en el artículo 130 letra d) del Código Procesal Penal que establece: “d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo”. En efecto, los acusados fueron observados por ambos policías portando las especies –dos cilindros de gas-procedentes del delito, pudiendo sospechar en ese momento de su participación en la comisión de algún delito contra la propiedad –hurto, robo o receptación-, sospecha que se agrava a partir del abandono de las especies en la vía pública y la huida de ambos por calle Bueras. En otras palabras, los Carabineros realizaron un control de identidad, pero estaban habilitados para detener por la hipótesis de flagrancia normativa establecida en la disposición legal citada. Al respecto, se debe precisar que no se está en un caso de flagrancia natural, sino jurídica o procesal que habilitaba al personal para detener.

2.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales estaban autónomamente facultados para practicar la detención de los acusados, porque se encontraban en un caso de flagrancia y en ese contexto podían, también de manera autónoma y sin autorización del Fiscal, prestar auxilio a la víctima y empadronar testigos, facultades contenidas en las letras a) y d) de la misma disposición legal y que en concreto fue lo que aconteció, desde que los acusados quedaron custodiados por un carro policial mientras ambos Carabineros motorizados intentaban dar con el paradero de la víctima. Es dentro de este marco procesal que actúa la policía, da con el paradero de la víctima, quien le confirma la sustracción de las especies que portaban los acusados, proceden a su detención en el lugar, dándole a conocer sus derechos, actuación ésta última que fue ratificada en acta policial posterior, la que obviamente debió confeccionarse en conjunto con otros instrumentos, lo que explica la hora que en ella aparece -20:34 horas-

3.- Bajo el análisis efectuado precedentemente, no se detecta que los funcionarios aprehensores hayan actuado fuera del marco autónomo autorizado por el legislador, de ahí que tampoco se vislumbre una vulneración de la garantía al debido proceso que contamine las pruebas rendidas en la audiencia de juicio y que en consecuencia impidan fundar el razonamiento que condujo a la decisión de condena adoptada por el Tribunal.

Sexto: Que, entonces, el actuar de la policía no transgredió en el caso concreto las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico, ya que, como se puede apreciar de la sentencia impugnada existieron una serie de antecedentes que apreciados en su

conjunto, hacían plausible el control policial. El hecho de que al enfrentarse a los funcionarios policiales dejaran en la vía pública los balones de gas que portaban y huyeran daban plena

legitimidad a la actuación realizada, permitiéndoles así, restringir la libertad ambulatoria de los acusados, así como dar con los medios de comprobación del delito, llegando en definitiva al domicilio de la víctima, quien dio cuenta de la sustracción de las especies objeto del delito. Lo anterior, desde que existía más de un indicio de carácter serio y verosímil, pluralidad que la norma del artículo 85 del Código Procesal Penal hoy no exige, pero que justifican racionalmente el actuar policial tanto en el control de identidad, registro y posterior detención de los acusados, así como de las diligencias autónomas llevadas a cabo para la comprobación del delito y la participación de los encartados, por lo que los aprehensores no transgredieron en el caso concreto las facultades conferidas en el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no han vulnerado las normas legales que orientan el proceder policial como tampoco las garantías y derechos constitucionales invocados en el arbitrio, por lo que los jueces del tribunal oral no incurrieron en vicio alguno al fundamentar su decisión condenatoria, de manera que el recurso en estudio será rechazado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la abogada doña Pamela González Vásquez, en representación de los sentenciados **F.B.M y S.S.G**, contra la sentencia de veintiséis de marzo de dos mil diecinueve y el juicio oral que le precedió en los antecedentes RUC 1700960358-1, RIT 325-2018, del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, los que, en consecuencia, no son nulos.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Silva y abogado integrante Sr. Barra, quienes estuvieron por acoger el recurso y consecuentemente invalidar el fallo impugnado y el juicio oral, teniendo para ello presente:

Que el arbitrio entablado reclama la vulneración de garantías y derechos a consecuencia de un control de identidad, y posteriores diligencias autónomas por las policías el que la defensa considera ilegal porque no se reunían las condiciones de procedencia que establece el artículo 83 del Código Procesal Penal.

En el caso que se revisa los funcionarios policiales procedieron a efectuar diligencias para dar con el paradero de la víctima, no existiendo ninguna de las hipótesis de flagrancia del artículo 130 del Código Procesal Penal, que legitimara el actuar policial autónomamente, ya que como se dijo, la víctima solo fue habida y en definitiva se acreditó el dominio de las especies que portaban los imputados, en virtud de la ronda efectuada por los funcionarios policiales sin que contaran con la debida autorización para ello, ya que lo único que estos ven es a los imputados cada uno con un cilindro de gas de color naranja, los que al verlos se dan a la fuga, dejando las especies en el lugar. Sin que los funcionarios tuviesen otro antecedente o indicio de la perpetración de un delito, menos aún de alguna de las circunstancias del artículo 440 del Código Penal.

La dirección exclusiva de la investigación por parte del Ministerio Público, así como la consiguiente subordinación funcional de las policías en la investigación, se consagra en múltiples normas de nuestro ordenamiento, tales como los artículos 83 de la Constitución Política de la República, 1 y 4 de la Ley N° 19.640, Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, y 77, 79, 80, 81, 84 y 166 del Código Procesal Penal, en las cuales aparece como contrapartida del “deber” del Ministerio Público de dirigir la investigación, el “deber” de las policías de someterse a dicha dirección, de manera tal que ninguna de las dos instituciones policiales -Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones de Chile- constituyen un co-director de la investigación junto al Ministerio Público, sino que éste es

su director exclusivo, y aquéllas sólo auxilian o colaboran en esa labor mediante la ejecución de los actos concretos de investigación que dicho organismo les encomendare. Concordantemente ha señalado esta Corte en reiteradas oportunidades, que los artículos 80, 83, 84, 85, 86 y 130 del Código Procesal Penal establecen que la regla general de la actuación de la policía es que se realiza bajo las órdenes o instrucciones del Ministerio Público y como excepción, su desempeño autónomo en la ejecución de pesquisas y detenciones en precisos y determinados casos delimitados claramente por el legislador, que incluso ha precisado un límite temporal para su vertiente más gravosa (las detenciones) con el objeto de eliminar o reducir al máximo la discrecionalidad en el actuar policial del que se derive restricción de derechos. Dicha regulación trata, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano encargado por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado –y sometido a control jurisdiccional- en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos.

Ese proceder ilegal de los funcionarios policiales, al no existir alguna de las hipótesis de flagrancia que hiciere plausible su actuar, afectó a las restantes actuaciones en que ellos intervienen y las diligencias que realizaron sin amparo legal en la persona de los imputados, y que trajo como resultado dar con el paradero de la víctima, luego de una ronda por el sector donde fueron habidos los imputados. Ello es corolario del efecto propio de la nulidad y transforma en ilícita la prueba así obtenida, que ya no puede ser rendida en juicio ni sustentar decisión de condena alguna, desde que el artículo 295 del Código Procesal Penal prescribe que todo medio probatorio ha de haberse “producido” e “incorporado” de conformidad a la ley, cual, como ha quedado demostrado precedentemente no ha ocurrido en la especie.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del abogado integrante Sr. Munita y la disidencia por sus autores.

Rol N° 9194-19

Tribunal: Corte Suprema de Justicia

Rol: 11656-2019

Ruc: 1701144866-6

Delito: Robo de especies ubicadas en bienes nacionales de uso público

- 2. Corte Suprema rechaza recurso de nulidad impetrado por la defensa al considerar que los funcionarios policiales se encontraban habilitados para llevar a cabo el control de identidad no transgrediéndose las facultades que le confiere el ordenamiento jurídico como tampoco las garantías y derechos consagrados en el art. 19 N° 3 de la [Constitución \(Corte Suprema de Justicia 19.06.2019 ROL 11656-2019\)](#)**

Normas asociadas: CPR ART.19 N°3; CPR ART.19 N°7; CPP ART.373 b; CPP ART.85.

Tema: Recursos; Garantías Constitucionales

Descriptor: Recurso de nulidad; Robo en bienes nacionales de uso público; Detención ilegal; Delitos contra la propiedad

Magistrados: Higor Dolmestch Urra; Carlos Künsemüller Loebenfelder; Manuel Valderrama Rebolledo; Jorge Dahm Oyarzún; Antonio Barra Rojas

SINTESIS: La defensa dedujo recurso de nulidad sustentado en la causal prevista en la letra a) del artículo 373 del CPP, por haber existido una infracción de garantías fundamentales respecto de su representado, específicamente las garantías del artículo 19 N° 3 y N°7 de la Constitución Política; en relación con el artículo 85 del CPP. La Corte rechaza el recurso en cuestión estimando que los funcionarios policiales se encontraban habilitados para llevar a cabo el control de identidad, y por consiguiente el registro de las especies, no transgrediéndose las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no se han vulnerado las normas legales que orientan el proceder policial como tampoco las garantías y derechos que el art. 19 N°3 de la CPR reconoce y garantiza a los imputados. (Considerando 1º, 3º, 5º, 6º)

Texto íntegro:

Santiago, diecinueve de junio de dos mil diecinueve.

Vistos:

En esta causa RUC N° 1701144866-6 y RIT N° 211-2018, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, por sentencia de dieciocho de abril de dos mil diecinueve, se condenó al imputado **L.O.D.A.**, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, la de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor de un delito consumado de robo de especies ubicadas en bienes nacionales de uso público. La sentencia dispuso el cumplimiento efectivo de la pena corporal impuesta.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad, el que fue admitido a tramitación, llevándose a cabo la audiencia para su conocimiento el treinta de mayo último, citándose

a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

Y considerando:

Primero: Que, el recurso de nulidad se sustenta en la causal prevista en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por haber existido una infracción de garantías fundamentales respecto de su representado. Señala vulneración a las garantías del artículo 19 N° 3 y N° 7 de la Constitución Política; en relación al artículo 85 del Código Procesal Penal. Refiere que el control de identidad lo realizan, según la declaración del funcionario aprehensor, porque a esa hora no anda nadie en la vía pública y en particular ese día, no andaba nadie, y que el imputado al mirar para atrás trató de huir. Agrega que la persona que efectuó el llamado no otorgó características de la persona que habría quebrado el vidrio del primer vehículo, y que al ver al imputado les llamó la atención. Asimismo, la defensa señala, que la verdadera víctima, realiza la denuncia con posterioridad al control de identidad. Por lo que, al valorar positivamente y legitimar la prueba testimonial y las fotografías, se infringen las garantías de su representado. Solicita se declare la nulidad del juicio oral y la sentencia, disponiendo la realización de un nuevo juicio oral por tribunal no inhabilitado, disponiendo la exclusión de toda la prueba ofrecida.

Segundo: Que los hechos que se tienen por probados en el considerando noveno de la sentencia recurrida son los siguientes:

El día 02 de diciembre del año 2017, siendo aproximadamente las 05:15 horas, el acusado L.O.D.A, con la finalidad de sustraer especies, llegó hasta calle Los Carrera de la ciudad de La Unión, lugar en el cual se encontraba estacionado el vehículo tipo camioneta, marca Chevrolet, patente XX-XXXX, de propiedad de M.E.M.D.

Una vez en el lugar el acusado forzó la chapa de la cerradura de la puerta delantera, costado izquierdo del mencionado móvil e ingresó al interior del referido vehículo, sustrayendo desde dicho lugar, contra la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, una radio para vehículo sin marca la cual descerrajó desde el tablero, una pala metálica con mango de madera y empuñadura plástica color naranja, una cuerda de material plástico tipo lazo, un cargador para dispositivo MP3, dos llaves metálicas para tuercas, un destornillador, dos llaves metálicas tipo ALE, dos brocas metálicas, un destapador metálico para botellas, dos peluches colgantes y un cable USB; para luego retirarse del lugar con las especies en su poder.

Los hechos antes descritos fueron calificados como constitutivos del delito de Robo de especies ubicadas en bienes nacionales de uso público, en grado de desarrollo de consumado.

Tercero: Que esta Corte ya ha descrito en numerosos pronunciamientos la regulación que el Código Procesal Penal contempla para la policía en relación a la investigación de hechos punibles, dando cuenta del nivel de autonomía entregado para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación; el marco normativo de su actuación sin orden previa o

instrucción particular de los fiscales (artículo 83 del Código Procesal Penal); las cargas impuestas por el ordenamiento jurídico en el desarrollo de tales funciones (artículo 84 del mismo texto) y, particularmente, el alcance de la facultad que consagra el artículo 85 del Código Procesal Penal, relacionándola con lo dispuesto en el artículo 130 del referido estatuto, en atención a la remisión que tal norma hace a esta última (SCS Roles N°

29534-14, de 20 de enero de 2015; N° 22199-16, de 1 de junio de 2016; N° 35167-17, de 23 de agosto del 2017, entre otros).

Cuarto: Que, asimismo, este tribunal ha señalado reiteradamente que las disposiciones aludidas establecen que la regla general de la actuación de la policía es que realiza su labor bajo las órdenes o instrucciones del Ministerio Público y como excepción, su desempeño autónomo en la ejecución de pesquisas y detenciones en precisos y determinados casos delimitados claramente por el legislador, incluso ha precisado un límite temporal para su vertiente más gravosa (las detenciones) con el objeto de eliminar o reducir al máximo la discrecionalidad en el actuar policial, conciliando una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos al establecer en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano encargado por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado –y sometido a control jurisdiccional– en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos.

Quinto: Que, de acuerdo a lo sostenido en autos, es un hecho no controvertido que el encausado se desplazaba en la vía pública en horas de la madrugada con un saco en cuyo interior portaba diversas especies, donde sobresalía entre otras una pala, quien al ver la presencia policial intentó huir, por lo que, ante la denuncia por el delito de daños, la proximidad de tiempo y lugar de los hechos, ante esos indicios, los funcionarios policiales se encontraban habilitados para llevar a cabo el control de identidad, y por consiguiente el registro de las especies. Es en este momento, donde se encuentra una radio de automóvil con los cables cortados, y con parte del panel, lo que es propio de haber sido sustraída por la fuerza, y ante la denuncia posterior del robo de la segunda víctima los policías actuaron conforme a la Ley, sin que exista infracción a alguna garantía constitucional como lo denuncia la defensa.

Sexto: Que, entonces, el actuar de los funcionarios cuestionados no transgredió en el caso concreto las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no ha vulnerado las normas legales que orientan el proceder policial como tampoco a las garantías y derechos que el artículo 19° N° 3 de la Constitución Política reconoce y garantiza a los imputados, por lo que los jueces del tribunal oral no incurrieron en vicio alguno al aceptar con carácter de lícita la prueba de cargo obtenida por la policía en la referidas circunstancias y que fuera aportada al juicio por el Ministerio Público, en estas circunstancias, el recurso de nulidad será desestimado al no configurar los motivos expuestos la causal de invalidación hecha valer.

Por las reflexiones consignadas y de acuerdo, además, con lo prevenido en los artículos 359, 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido en favor de **L.O.D**, en contra de la sentencia de dieciocho de abril de dos mil diecinueve, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, en la causa RUC N° 1701144866-6 y RIT N° 211-2018, y en contra del juicio oral que le antecedió, los que por consiguiente **no son nulos**.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Barra.

Rol N° 11.656-2019.

Tribunal: Corte Suprema de Justicia

Rol: 18367-19

Ruc: 1601127261-8

Delito: Violación reiterada contra menor de 14 años

Defensor: Mauricio Obrique Pardo

3. Acoge recurso de nulidad presentado por la defensa. Respecto a imputado adolescente corresponde aplicar la regla de prescripción de la acción penal contenida en el art. 5º L20084 ([Corte Suprema de Justicia 19.08.2019 ROL 18367-19](#)).

Normas asociadas: CPP ART. 373 b; CPP ART. 343; CPP ART.376; CP ART.362; CP ART. 95; L20084 ART.5; L20084 ART.2; L20084 ART.1; CP ART. 369 quáter

Tema: Reglas de Prescripción; Principio de Especialidad

Descriptor: Recurso de Nulidad; Responsabilidad Penal Adolescente; Delitos sexuales; Interés Superior del Niño

Magistrados: Carlos Kúnsemüller Loebenfelder; Lamberto Cisternas Rocha; Jorge Dahm Oyarzun; Manuel Valderrama Rebolledo; Hugo Dolmestch Urria

SÍNTESIS: Defensa recurre de nulidad contra la resolución del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia que condenó al imputado F.M.F.F. como autor de los delitos consumados y reiterados de violación de menor de catorce años. El recurrente argumenta que para contabilizar el plazo de prescripción de la acción penal unida al delito de autos, debe preferirse la norma del art. 5º L20084 por sobre la del art. 369 quáter, toda vez que la última no puede ser aplicada a un imputado adolescente, considerando la clara intención del legislador tendiente a separar el sistema punitivo de adolescentes del que está establecido para adultos. Señala que según el principio de especialidad, debe estarse conforme a lo establecido por el art. 95 CP, en relación a las normas de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. El Máximo Tribunal establece que del examen del art. 1 L20084 se concluye que la Ley Penal tiene un carácter supletorio respecto del cuerpo normativo en estudio. En este sentido, encontrándose en aquel una disposición que señala de forma expresa cómo debe contarse el plazo de prescripción de la acción penal, en virtud de la aplicación del principio de especialidad, es el art. 5º de dicho compendio normativo el que debe ser aplicado al caso de autos (Considerando 8º, 9º).

Texto Integro:

Santiago, diecinueve de agosto de dos mil diecinueve.

VISTOS:

En estos antecedentes RUC 1.601.127.261-8, RIT 81-2019, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, por sentencia de diecisiete de junio de dos mil diecinueve, se condena a Franco Mariano Fica Flores, a la sanción mixta de dos años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social y dos años de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, lo cual importará la privación de libertad

en centros especializados para adolescentes, bajo regímenes orientados al cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 20 de la ley 20.084, en su calidad de autor de los delitos consumados y reiterados de violación de menor de catorce años, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, perpetrados respecto de la víctima de iniciales J.C.A.T.F., cometidos en fechas no determinadas, durante el año 2010, en la localidad de Huelleshue de Valdivia. No se le reconocen abonos para el cumplimiento de las sanciones. La defensa del encausado dedujo recurso de nulidad contra dicha resolución, el que fue admitido a tramitación, y se celebró la audiencia para su conocimiento el treinta de julio del año en curso, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos, oportunidad en que la Defensa incorporó prueba documental.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso interpuesto se sustenta, en forma principal, en la causal del artículo 373 letra b) Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho, en relación al artículo 376 inciso tercero del mismo cuerpo legal, por existir distintas y contrarias interpretaciones de los fallos emanados de Tribunales Superiores, en cuanto al inicio del cómputo del plazo de la prescripción, respecto de acusados que se encuentran bajo el amparo de la Ley 20.084.

Luego de efectuar una reseña de los antecedentes en los que funda su pretensión, expone, en primer término, que de acuerdo a lo que dispone el artículo 95 del Código Penal, el término de prescripción comienza a correr desde la data de la ocurrencia de los sucesos investigados, el cual en la especie se cuenta desde el último hecho establecido por el Tribunal a quo, esto es, el 9 de diciembre de 2010, lo que debe armonizarse con lo que preceptúa el artículo 5° de la Ley N° 20.084, pues el acusado era menor de edad, de manera que el plazo de prescripción es de 5 años conforme al precepto referido. De esta manera, habiéndose efectuado la denuncia por la víctima el veintiocho de noviembre de 2016, el plazo de prescripción ha transcurrido en exceso. En relación a los requisitos para que opere la prescripción, agrega que si bien el sentenciado registra una anotación en su extracto de filiación y antecedentes, esta le fue impuesta en la causa Rit 5897-2011 del Juzgado de Garantía de Valparaíso, por la cual fue condenado al pago de una multa de 1 UTM, como autor de la falta contenida en el artículo 494 bis del Código Penal, la cual de acuerdo al Artículo 96 del Código Penal no tiene la capacidad para interrumpir la prescripción de la acción penal, lo que solo se produce con la comisión de un crimen o simple delito. Finalmente, en lo que respecta a las entradas y salidas del país, acota que, en el informe del Departamento de Extranjería de la Policía de Investigaciones de Chile, no registra anotaciones, lo que no fue contradicho ni por el Ministerio Público, ni por la parte querellante.

Por ende, encontrándose cumplidos todos y cada uno de los requisitos señalados en la ley para que opere la prescripción de la acción penal, el debate únicamente se circunscribe a determinar la primacía entre las reglas contenidas en la Ley N° 20.084 y lo dispuesto en el artículo 369 quáter del Código Penal.

Manifiesta que el plazo, en este caso, debe contarse de acuerdo a lo que establece el artículo 95 del Código Punitivo, en relación a las normas contenidas en la ley especial, es

decir, en la Ley sobre Responsabilidad Penal Adolescente, ya que el artículo 369 quáter del Código Penal no puede ser aplicado a un imputado adolescente, toda vez que la creación de un régimen especial para este tipo de infractores fue una clara intención del legislador por separar el sistema punitivo de los adolescentes del que está consagrado para los adultos, por ende, debe regir el principio de especialidad.

Por lo expuesto, arguye que en este caso, como al momento de la comisión de los hechos por los que fue formalizado el imputado, este tenía 17 años de edad, prevalece lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley N° 20.084, ley especial que como ya se dijo prima sobre las normas del Código Penal, las que tienen un carácter supletorio para lo no previsto en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

Culmina solicitando que se acoja la causal principal y se anule el fallo recurrido, dictando sin nueva vista, pero separadamente uno de reemplazo que acoja la excepción de prescripción de la acción penal, la extinción de la responsabilidad penal y por ende la absolución del acusado.

Segundo: Que el tribunal calificó los hechos relatados como constitutivos de delitos consumados y reiterados de violación de menor de catorce años, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, perpetrados respecto de la víctima de iniciales J.C.A.T.F., nacido el 2 de agosto de 2002, cometidos en fechas no determinadas, durante el año 2010, ya que logró probarse que el acusado –entre otras conductas- lo accedió carnalmente por vía bucal.

Tercero: Que la causal principal del recurso en estudio, acusa una errónea aplicación del derecho al haber desestimado los sentenciadores la excepción de prescripción alegada en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal, puesto que el recurrente entiende que en el caso de autos, tratándose de un imputado que a la fecha de comisión de los delitos investigados era adolescente, prima a su respecto el estatuto contenido en la Ley N° 20.084, por sobre lo previsto en el artículo 369 quáter del Código Penal.

Cuarto: Que, como ya se ha dicho por esta Corte Suprema, la Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes, fijó un régimen jurídico para el tratamiento de infracciones a la ley criminal cometidas por menores de dieciocho y mayores de catorce años de edad, superando los sistemas de inimputabilidad absoluta y relativa, limitada esta última con el trámite del discernimiento, que se aplicaban en nuestro país antes de la dictación del aludido cuerpo normativo, fijando un régimen penal diferenciado en aspectos sustantivos y procesales, relativamente más benigno en relación al sistema penal de los adultos, para de esa forma dar cumplimiento a compromisos asumidos al celebrar tratados internacionales sobre la materia, y así asegurar un modelo garantista y moderado respecto de los adolescentes infractores, principalmente emanados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. No se trata, por ende, de una normativa meramente adjetiva (SCS N° 20.755 de 16 de octubre de 2018).

Quinto: Que este nuevo sistema o régimen de responsabilidad, se cimentó en torno a principios sobre los cuales esta Corte ya se ha extendido bastante en decisiones anteriores, por lo que sólo cabe traer a colación para lo que aquí interesa, que este sistema, en obediencia al artículo 40 N° 1 de la Convención sobre Derechos del Niño (Berrios, *ob. cit.*, pp. 165-166, identifica el proceso de adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño, como el factor predominante, tanto en el proceso pre-legislativo, como en el proceso propiamente parlamentario de elaboración de la nueva legislación), debe tratar a los niños infractores de acuerdo con su particular dignidad, cuidando fortalecer valores y su reintegración a la sociedad, objetivo para el cual -según prescribe el artículo 2° de la Ley N° 20.084-, en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores

de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior de éstos, expresado en el reconocimiento y respeto de sus derechos (SCS Rol N° 2995-12 de 18.04.2012, Rol N° 5012-12 de 04.07.2012, Rol N° 4760-2012 de 31.07.2012, y Rol N° 7670-12 de 13.12.2012).

Sexto: Que, por lo expuesto, la Ley N° 20.084, debe ser mirada como un conjunto de reglas y principios estructurados y enlazados entre sí por valores, fines y una lógica inspiradora sustancialmente diversa a la que informa el sistema penal de adultos. La conclusión anterior plantea el desafío de dilucidar entonces, cómo se concilia este sistema o régimen especial, con lo prescrito en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 20.084, cuando dispone que “en lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales.”

De este modo y del examen de esta última norma, es posible advertir que el Código Penal y las demás leyes penales especiales, tienen únicamente un carácter “supletorio” respecto del sistema de responsabilidad penal consagrado en la Ley N° 20.084. Por tanto, deberá acudir a dichas disposiciones sólo en aquello que suplan una carencia del sistema de responsabilidad penal adolescente establecido en la Ley N° 20.084, o lo complementen, para lo cual necesariamente el precepto foráneo en el que se busca auxilio, deberá reforzar, servir y vitalizar el sistema de responsabilidad penal adolescente creado por dicho cuerpo normativo, descartando naturalmente toda norma que contraríe no sólo su texto, sino también, conforme al inciso 2° del artículo 2° de La Ley N° 20.084, los derechos y garantías que les son reconocidos a los adolescentes infractores, en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes (SCS Rol N° 4419-2013).

Séptimo: Que ahora, atentos a lo que se ha señalado, cabe recordar que el artículo 369 quáter del Código Penal, establece una regla de suspensión para dar inicio al cómputo del plazo de prescripción de la acción penal que busca proteger a los menores de edad que han sido víctimas de los delitos previstos en los artículos 361 y siguientes del cuerpo legal en referencia, -la norma reza “para el menor de edad que ha sido víctima- pero no debe perderse de vista que dicho precepto integra un régimen de responsabilidad penal de adultos, contenido en una ley penal de carácter general, no dirigida a individuos determinados, como son los sujetos activos a que se refiere la Ley 20.084.

Octavo: Que, por lo expuesto, encontrándose en la Ley N° 20.084, una disposición que señala de forma expresa cómo debe contarse el plazo de prescripción de la acción penal para los adolescentes infractores, por el principio de especialidad que la rige, es el artículo 5° del compendio normativo referido el que debe ser aplicado al caso de autos, habiéndose cumplido en las oportunidades señaladas por el recurso el plazo de cinco años.

Noveno: Que, de lo razonado cabe concluir que, en estos antecedentes, como se ha dicho, debe prevalecer el precepto contenido en el cuerpo legal especial –artículo 5° de la Ley N° 20.084- por sobre aquél que se consagra en el Código Penal y en razón de ello es posible concluir que existe un error de derecho al desestimar la excepción planteada por la defensa del condenado. De esta forma, el yerro denunciado ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al imponer una pena toda vez que, en la especie, se encontraba de sobra cumplido el plazo para declarar la prescripción de la acción penal, lo que conduce a acoger el recurso de nulidad promovido por la defensa del sentenciado, basado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal; quedando en consecuencia anulado el juicio y la sentencia, dictándose acto seguido la de reemplazo.

Décimo: Que, por haberse acogido la causal precedentemente referida, no se emitirá pronunciamiento sobre la causal deducida subsidiariamente.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 372, 373 letra b), 376, 384 y 386 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Franco Mariano Fica Flores, por lo tanto, se anula la sentencia de diecisiete de junio de dos mil diecinueve, en la causa RUC 1.601.127.261-8, RIT 81-2019, del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valdivia y el juicio que le antecedió, y se procederá a dictar a continuación, sin nueva vista, pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Cisternas, quien estuvo por rechazar la causal principal del recurso de nulidad deducido por la defensa de Franco Mariano Fica Flores y, en consecuencia, conocer el motivo subsidiario, teniendo para ello en consideración:

1° Que el artículo 369 quáter del Código Penal, vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos, dispone que en el caso de los delitos de violación en que las víctimas sean menores de edad, el plazo de prescripción comenzará a correr para el ofendido, al momento que cumpla 18 años; por su parte el artículo 5° de la Ley N° 20.084, establece que la acción penal y la pena respecto de los delitos que cometan adolescentes sometidos a dicha ley, prescriben en el caso de los crímenes, en 5 años, contados desde la comisión del ilícito.

2° Que las situaciones reguladas en las normas precedentemente enunciadas, son eminentemente distintas, ya que la establecida en la Ley sobre Responsabilidad Penal Adolescente indica el término que debe transcurrir para que se entienda prescrita la acción penal y la pena, mientras que la consagrada en el Código Penal, se refiere a la oportunidad en que aquella empieza a correr cuando se trata de víctimas menores de edad, entendiéndose que mientras ello no ocurra el término extintivo se encuentra suspendido; lo cual importa una forma especial de atender al interés superior del niño, que en este caso es la víctima.

3° Que, en estos antecedentes conforme se señala expresamente en el fallo en estudio, el ofendido J.C.A.T.F. nació el 2 de agosto de 2002, por lo que, a su respecto, al no haber alcanzado aún la mayoría de edad, el término de prescripción se encuentra suspendido, de conformidad a lo que dispone el artículo 369 quáter del Código Penal.

4° Que por lo expuesto y de acuerdo a lo antecedentes arribados al proceso, es posible concluir que conforme a lo que dispone el tantas veces citado artículo 369 quáter, el término de prescripción contenido en el artículo 5° de la ley N° 20.084, al momento de realizarse la formalización del imputado no había comenzado a correr, por lo que la petición de la defensa de acoger la excepción de prescripción no puede prosperar y debe ser desestimada.

5° Que es pertinente consignar que si bien la Ley N° 21160, de 18 de julio de 2019, estableció la imprescriptibilidad para la persecución de determinados delitos –entre ellos el que se ha determinado en estos antecedentes- y derogó el artículo 369 quáter del Código Penal, ese mismo cuerpo legal, en su artículo transitorio dispone que para los hechos delictivos cometidos con anterioridad a la publicación de esa ley –cuyo es el caso ventilado en esta causa-, continuará vigente dicho artículo 369 quáter, por lo que no corresponde a este disidente hacer relación, por ahora, a los efectos de aquella ley al razonar sobre su decisión.

Regístrese. Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y del voto en contra, su autor.

Tribunal: Corte Suprema de Justicia

Rol: 21095 -2019

Ruc: 1800938766-4

Delito: Porte ilegal de arma de fuego y municiones; cohecho

Defensor: Cristian Otárola Vera

4. Rechaza recurso de nulidad impetrado por la defensa. Alejamiento al advertir presencia policial configura indicio habilitante para proceder según art. 85 CPP ([Corte Suprema de Justicia 13.09.2019 ROL 21095-2019](#)).

Normas asociadas: CPP ART. 373 a; L17798 ART.2 b; L17798 ART.2 c; CP ART. 250; CP ART. 248 bis; L20931 ART.12; CPP ART.85; CPP ART. 130; CPP ART. 83

Tema: Configuración de indicio; Control de Identidad

Descriptor: Recurso de nulidad; Control Preventivo de Identidad; Registro de vestimentas; Flagrancia; Libertad personal

Magistrados: Carlos Künsemüller Loebenfelder; Manuel Valderrama Rebolledo; Jorge Lagos Gatica; María Gajardo Harboe

SÍNTESIS: Defensor recurre de nulidad contra la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia que condenó a L.E.F.G. como autor de los delitos consumados de porte ilegal de arma de fuego y municiones y cohecho. El Máximo Tribunal establece que las circunstancias descritas habilitaban a los policías, para, a lo menos, practicar un control preventivo de identidad conforme a la Ley 20931. Por consiguiente, al verificarse indicios del todo objetivos de la presunta comisión de un ilícito durante el desarrollo del control de identidad preventivo, los agentes tenían permitido realizar un control de identidad investigativo conforme al art. 85 CPP. En suma, los funcionarios se encontraban facultados para el registro de vestimentas que derivó en el hallazgo del objeto del primero de los delitos materia de la acusación. Por consiguiente, se descarta la arbitrariedad en el actuar policial y se declara que se rechaza el presente recurso (Considerando 4º, 5º, 6º).

Texto Integro:

Santiago, trece de septiembre de dos mil diecinueve.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, por sentencia de seis de julio de dos mil diecinueve, en los antecedentes RUC 1.800.938.766-4, RIT 105- 2019, condenó a Luis Esteban Farías Guerrero a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales, como autor del delito consumado de porte ilegal de arma de fuego y municiones, previsto y sancionado en el artículo 9 inciso primero en relación al artículo 2 letra b) y c) de la Ley 17.798, sobre Control de Armas y Explosivos y, a la pena de quinientos cuarenta y un días de reclusión menor en su grado medio, accesoria de suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena, como autor del delito

consumado de cohecho, previsto y sancionado en el artículo 250 inciso 2° en relación al artículo 248 bis inciso 2°, ambas normas del Código Penal, delitos cometidos en Valdivia el 25 de septiembre de 2018, disponiéndose el cumplimiento efectivo de las condenas. La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra la indicada sentencia, el que se conoció en la audiencia pública de dos de septiembre del presente año, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta levantada al efecto.

Considerando:

Primero: Que, el recurso interpuesto se sustenta en la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, expresando el articulista que respecto al acusado, al haber caminado o corrido en un sentido, alejándose de los policías, debe ser descartado como indicio suficiente para los efectos de justificar el control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, pues dicha acción desplegada no sería suficiente para presumir el porte de arma o, la reciente, actual o futura comisión de un delito, de forma tal que no se estaría en presencia de un indicio objetivo como prescribe la norma citada.

Explica que la objetividad del indicio exige que el mismo pueda ser constatado por cualquier persona, no bastando —por consiguiente— que solo esté constituido por una interpretación subjetiva por parte de la policía sobre una acción no indiciaria de delito alguno. Agrega que, del testimonio de los funcionarios que practicaron la detención de su representado, logra desprenderse que el indicio para controlar su identidad, fue que él habría mirado hacia atrás y corrió de cinco a siete metros al percatarse de la presencia policial. En ese orden de ideas, sostiene que no se advierte algún indicio objetivo respecto a la perpetración de un delito por parte del encartado, de manera tal que el control de identidad de cual fue objeto — en la génesis de la presente causa— importó una manifiesta infracción a los términos restrictivos con los que el artículo 85 del Código adjetivo consagra dicha actuación autónoma de las policías, dando cuenta de la ilegalidad en la actuación policial, que afectó la garantía fundamental del debido proceso, en su vertiente de legalidad de los actos del procedimiento. Concluye solicitando se acoja la causal, se declare la nulidad del juicio y la sentencia, retrotrayendo los antecedentes hasta el estado de realizarse una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado, solicitando la exclusión de la prueba obtenida ilegítimamente por la policía en los momentos siguientes al control de identidad efectuado a su representado, lo que abarca la totalidad de los medios de prueba del persecutor penal.

Segundo: Que la sentencia impugnada, en su motivo noveno, tuvo por acreditado el siguiente hecho: *“El 25 de septiembre de 2018, alrededor de las 20:54 horas, en circunstancias que personal de Carabineros realizaba un patrullaje motorizado preventivo por el interior de la Población Pablo Neruda, Valdivia, observaron en calle Santander frente al N° 2.727, a un grupo de personas compuesto por tres mujeres y el acusado Luis Esteban Farías Guerrero, quien giró su cabeza hacia atrás con el fin de mirar y al percatarse de la presencia policial, se separó del grupo corriendo entre cinco y ocho metros, cruzando de forma diagonal la calzada; sin detener su marcha en ningún momento pese a ser intimado por Carabineros a detenerse, haciendo caso omiso, motivo por el cual fue interceptado por un funcionario policial. Manteniendo en todo momento una actitud nerviosa y reticente al control policial y manifestando insistentemente a viva voz*

'no me cague, no me mande en cana', motivando el control de identidad y registro superficial de sus vestimentas pudiendo verificar que portaba en el bolsillo derecho de su chaqueta, sin la debida autorización un arma de fuego, tipo revólver, color gris, sin marca ni número de serie, la cual en su interior mantenía 2 municiones compatibles con el revólver calibre 38 mm, marca CBC sin percutar. En ese contexto, el imputado saca de su chaqueta ahora del bolsillo izquierdo un fajo de dinero con billetes de alta denominación haciéndole entrega concretamente al Cabo 1° Boris Jara Asenjo la suma \$160.000 para no ser detenido, el Cabo Jara Asenjo, procedió además a intimar la detención del imputado por el delito de cohecho. El arma referida, no se encuentra inscrita a nombre del acusado en los registros de la Dirección General de Movilización Nacional y tampoco posee permiso para su porte y/o transporte de armas de fuego y municiones, encontrándose dicha arma y proyectiles balísticos aptos para el disparo”.

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como constitutivos del delito de porte ilegal de arma de fuego y municiones, previsto y sancionado en el artículo 9 inciso primero en relación al artículo 2 letra b) y c) de la Ley 17.798, sobre Control de Armas y Explosivos y, del delito consumado de cohecho, previsto y sancionado en el artículo 250 inciso 2° en relación al artículo 248 bis inciso 2, ambas normas del Código Penal.

Ahora, en relación a los puntos abordados en el recurso, el fallo señaló en su motivo duodécimo que, *“... La tesis reclamada por la Defensa letrada, será desestimada, desde que el tribunal, es de opinión que los funcionarios de Carabineros, Milton Cárdenas Mansilla y Boris Jara Asencio, en el caso que nos convoca, actuaron dentro de sus atribuciones y en virtud de lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que el acusado caminaba junto a tres mujeres en calle Sergio Santander de la población Pablo Neruda, los policías conducían sus respectivas motos a todo terreno, focalizado su patrullaje debido a los concentrados reclamos de residentes y vecinos, en orden que en dicha población se consumía droga y escuchaban disparos, etc. Fue así que del grupo que caminaba por la acera por la calle principal Sergio Santander, fue sólo el imputado, quien volteó su cabeza hacia atrás caminaban en el mismo sentido que transitaban las motocicletas de Carabineros, al percatarse de la presencia policial, voluntariamente el acusado se separa de sus acompañantes y atraviesa corriendo la calzada, eludiendo la acción policial, primer indicio; luego el Cabo 1° Jara Asencio, comunica 'Alto, Carabineros', pues bien, el acusado ignora la advertencia, simplemente hace caso omiso y continua corriendo; segundo indicio; al punto que Jara Asencio tuvo que interceptarlo con su moto en la esquina del pasaje del mismo nombre que la calle principal, Sergio Santander; manteniendo en todo momento una actitud nerviosa y reticente al control policial, manifestando insistentemente a viva voz 'no me cague, no me mande en cana', tercer indicio; lo anterior motivó por tanto, el control de identidad; en ese contexto al no portar además, el imputado, su cédula de identidad, se procedió al registro superficial de sus vestimentas, pudiendo verificar que portaba en el bolsillo derecho de su chaqueta, color negro, un arma de fuego, tipo revólver, color gris, sin marca ni número de serie, el cual en su interior en el cilindro o recámara, mantenía 2 municiones compatibles con el revólver calibre 38 mm, marca CBC sin percutar, sin la debida autorización. Una vez intimado de la detención por infracción a la ley de armas, el encartado introdujo su mano al bolsillo izquierdo de la misma chaqueta, extrayendo un fardo de dinero en billetes de alta denominación 10 de \$10.000.- y 3 de \$20.000, ofreció y entregó al Cabo 1° Boris Jara, la suma de \$160.000.- vociferando: 'no me cague Cabo, no me lleve en cana, llévase el dinero, yo me quedo callado, piola, llévase el arma, yo me quiero ir para mi casa', recibiendo el dinero el policía e intimando la detención ahora, por el delito de cohecho. La identidad del acusado, se obtuvo en la unidad policial. Que no cabe dudas al tribunal, que Carabineros actuó bajo el alero del artículo 85 en relación con lo prescrito en*

el artículo 130 ambas normas del Código Procesal Penal, pues el imputado, reiteramos fue el único que huyó corriendo desde el lugar donde iba caminando junto a tres mujeres, al percatarse de la presencia policial, después de haber girado su cabeza hacia atrás momento en que se percata de la presencia de la policía motorizada, es más, sin obedecer las instrucciones de Carabineros al conminar que se detuviera, éste continua corriendo precisamente para eludir y evitar el control policial, siendo interceptado incluso con la moto que gobernaba el Cabo Jara Asencio, además del ofrecimiento de dinero a este funcionario público para que dejara sin efecto el procedimiento o no ser detenido; todos indicios neutros y objetivos además de suficientes para facultar al personal de Carabineros a la realización de un control de identidad investigativo y registro de vestimentas, incautando el arma y municiones que portaba; la actuación policial fue justa y racional, según condiciones objetivas apreciadas por los funcionarios policiales, mismas que revestían seriedad para inferir la probable comisión de una falta, simple delito o crimen, recordando que estaban en un patrullaje preventivo focalizado en la ejecución de diversos delitos, que se cometían al interior de la Población Pablo Neruda ante reclamos de residentes y vecinos; por otro lado las tres mujeres que conformaban el grupo quedaron en el lugar, al frente de la calzada, a quienes se les practicó un control preventivo por Carabineros y no interrumpieron el procedimiento policial.

El proceder de Carabineros, se enmarca dentro de la legalidad vigente según lo estatuido en el artículo 85 del Código Adjetivo; por lo mismo se valoró toda la prueba, tal cual se ha hecho en la sentencia; por considerar que se ha obtenido dentro del marco del ordenamiento jurídico vigente. El imputado Farías Guerrero, se puso en evidencia durante todo el desarrollo de sus acciones delictuales. Así las cosas, se estima el tribunal que, dadas las circunstancias descritas que Carabineros estaba realizando una actuación legítima, solicitando la identificación de este sujeto que evitaba ser controlado, desde que huyó de la presencia policial, al ser conminado a que se detuviera, no lo hace, lo que constituye un indicio de que hubiera cometido un crimen, simple delito o falta en los términos del artículo 85 del Código Procesal Penal, tal cual ocurrió en el caso de marras, no solo había cometido un delito, sino durante el procedimiento ejecuta otro, el delito de cohecho.

Es este conjunto de hechos explicados que resultaron ser suficientes para que el personal de Carabineros estimara que 'existía algún indicio' tal como reza la modificación a dicho artículo, por la ley 20.931, publicada el 05 de julio de 2016, denominada agenda corta anti delincuencia procediendo al control de identidad dentro del marco del artículo 85 del Código citado.

Cabe consignar, cómo se ha dicho en otros fallos, la potestad punitiva del Estado se manifiesta en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de los Tribunales, a quienes le corresponde el ejercicio de la misma, por tanto la apreciación y ponderación de la prueba en el marco de un proceso judicial, con antecedentes ofrecidos en audiencia, es el organismo llamado a calificar la ilicitud o no de las actuaciones, en este caso, de la policía en su calidad de auxiliares del Ministerio Público.

El derecho es casuístico, como señalaron ambos intervinientes, por tanto su resolución dependerá en cada asunto en particular. En este procedimiento el proceder policial se ajustó a la normativa vigente, en consecuencia, la prueba derivada de dicho procedimiento no puede ser valorada negativamente o ser considerada ilícita, como lo reclamaba la Defensa. En cuanto a lo señalado por Fiscalía, que además se podría haber cursado una infracción al artículo 162 de la ley de Tránsito que culminaría con un control de identidad, será desestimado por estas juezas, pues no resiste mayor análisis en el caso de marras, por no formar parte del marco jurídico, unido a que los policías fueron

categoricos en responder que no cursaron infracción a la ley de tránsito alguna, avocándose al procedimiento nuclear en que fundaron su actuar policial del que dieron cuenta en estrado”.

Tercero: Que, de acuerdo a lo expuesto en el motivo de nulidad, la infracción denunciada se habría verificado dado que la detención del acusado y la recolección de evidencia incriminatoria habría sido ejecutada fuera del ámbito de las atribuciones de la policía que intervino, al haber actuado sin que existiese indicio objetivo que le permitiera realizar acciones restrictivas de la libertad de éste.

Ha sostenido esta Corte Suprema que el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a la investigación de hechos punibles, reconociéndole grados de autonomía en lo que dice relación con la posibilidad de llevar a cabo diligencias o actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Se desprende de lo anterior que la actuación de la policía, por regla general, se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (artículo 80 del Código Procesal Penal) y en esa condición de excepcionalidad ha de leerse el artículo 83 del Código del ramo.

Los artículos 85 y 86 regulan el procedimiento de control de identidad, estableciendo el primero de ellos, en lo que interesa, *“Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que exista algún indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos”.*

La norma transcrita permite o faculta a los funcionarios policiales para solicitar la identificación de cualquier persona, siempre que, según las circunstancias, estimaren que existe algún indicio que la persona a controlar se dispusiere a cometer un crimen, simple delito o falta, además de otros casos que señala la disposición.

Por su parte, el artículo 12 de la Ley 20.931 establece que *“En cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública, y sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales indicados en el artículo 83 del mismo Código podrán verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público, por cualquier medio de identificación, tal como cédula de identidad, licencia de conducir, pasaporte o tarjeta estudiantil o utilizando, el funcionario policial o la persona requerida, cualquier dispositivo tecnológico idóneo para tal efecto, debiendo siempre otorgarse las facilidades necesarias para su adecuado cumplimiento ...”.*

Cuarto: Que cabe consignar que los indicios que justificaron la decisión de los funcionarios policiales para llevar a cabo un control de identidad consistieron en que, previo al mismo, el acusado —al advertir la presencia policial— se separó del grupo de personas junto a las que transitaba, comenzando a correr, no deteniéndose al ser conminado a hacerlo por parte de los efectivos policiales, manteniendo una actitud

nerviosa e insistir a los referidos agentes que no lo detuviesen. Ante tales indicios, las policías deciden efectuar un control de identidad y, al no portar la cédula que la acreditara se procedió a efectuar un registro superficial de las vestimentas, oportunidad en la cual se produce el hallazgo inevitable del arma de fuego que portaba. En ese orden de cosas y, al informarle las razones de su detención producto de la comisión de un delito en flagrancia es que el acusado incurre en el tipo penal de cohecho, al ofrecer dinero a los referidos funcionarios.

De esa manera el hecho descrito precedentemente, en tanto el acusado se ubicaba en la vía pública, habilitaba a los efectivos policiales para, a lo menos, efectuar un control de identidad preventivo conforme lo dispone el artículo 12 de la Ley 20.931. En ese entendido, el acusado al intentar evadir el control preventivo, insistir en su solicitud de no ser detenido y no haber portado su cédula de identidad, llevó a los agentes a realizar un registro superficial de vestimentas, en que se verificó el hallazgo del arma y, con eso, establecer la comisión del primero de los delitos, en flagrancia.

Quinto: Que, por tanto, la sentencia da por cierto un hecho —la presencia en el lugar del acusado, su alejamiento al advertir la presencia policial e instar para que no fuese detenido por parte de los funcionarios— que, conforme al artículo 12 de la Ley 20.931, por encontrarse en la vía pública, autorizaba a los agentes policiales para realizarle un control de identidad preventivo y, al verificarse indicios del todo objetivos de la presunta comisión de un ilícito, permitieron a los agentes transformar el control preventivo en un control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal.

Más allá de expresar si esta Corte comparte o no la apreciación de las policías de que en la situación de autos se presentaba un caso fundado que justificaba controlar la identidad del imputado, lo relevante es que el fallo da por cierto, en primer lugar diversas circunstancias objetivas que admiten calificarse como indicios de aquellos a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, lo que permite descartar la arbitrariedad, abuso o sesgo en el actuar policial, objetivo principal al demandarse por la ley la concurrencia de dicho indicio para llevar a cabo el control de identidad, máxime si podían efectuarlo de forma preventiva al alero de la norma contenida en la Ley 20.931 y el acusado intentó evadirlo.

Sexto: Que, de lo anterior cabe concluir que los funcionarios policiales se encontraban entonces facultados para el registro de las vestimentas del acusado, labor en la cual hallan el arma de fuego objeto del primero de los delitos materia de la acusación, lo que configura la causal de flagrancia de la letra a) del artículo 130 del Código Procesal Penal, esto es, *“El que actualmente se encontrare cometiendo el delito”*, lo que en definitiva justificaba su detención.

Séptimo: Que corolario de todo lo que se ha venido razonando, es que no se han vulnerado los derechos al debido proceso y a la libertad personal del imputado Farías Guerrero como se acusa por el recurrente, motivo por el cual no se configura la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal invocada en el arbitrio, el cual no podrá prosperar.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 376 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Luis Esteban Farías Guerrero, contra la sentencia dictada con fecha seis de julio de dos mil diecinueve, por

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, en causa RUC 1.800.938.766-4 y RIT 105-2019, y el juicio oral que le antecedió, los que, por ende, no son nulos.
Redacción a cargo del Ministro Sr. Cisternas. Regístrese y devuélvase.

Tribunal: Corte Suprema de Justicia

Rol: 28993-2019

Ruc: 1500395012-0

Delito: Robo con resultado de lesiones graves gravísimas; Incendio

Defensor: María Ureta Bravo

5. **TIT5** Acoge recurso de apelación presentado por la defensa en contra de resolución que rechazó acción de amparo presentada en favor de imputado adolescente. Corresponde respetar los límites máximos de pena establecidos en el art. 18 de la Ley 20084 ([Corte Suprema de Justicia 11.10.2019 ROL 28993-2019](#)).

Normas asociadas: CPR ART. 21; CPR ART. 19Nº7; CP ART. 433Nº1; CP ART.475Nº1; CP ART.10; L20084 ART.18; L20084 ART.22; L20084 ART.20

Tema: Adecuación de sentencia condenatoria a normativa especializada para imputados adolescentes

Descriptor: Recurso de Apelación; Responsabilidad Penal Adolescente; Libertad personal

Magistrados: Carlos Künsemüller Loebenfelder; Hugo Dolmestch Urra; Lamberto Cisternas Rocha; Jorge Dahm Oyarzun; Leonor Etcheberry Court

SÍNTESIS: Se acoge recurso de apelación deducido por defensora penal pública en contra de la resolución de la ltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt que rechazó la acción de amparo constitucional interpuesta en favor del imputado adolescente N.I.B.R. La sentencia recurrida negó la solicitud de la defensa en orden a adecuar la pena impuesta en la causa RUC 1500395012-0 seguida ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Castro, que condenó al imputado a dos penas de cinco años y un día de internación en régimen cerrado como autor de los delitos de robo con resultado de lesiones graves gravísimas e incendio. El Máximo Tribunal establece que la Ley 20084 fijó un régimen penal diferenciado en aspectos sustantivos y procesales asegurando un modelo garantista y moderado respecto de los adolescentes, conforme a la normativa internacional vigente. En este sentido, deben respetarse los límites máximos de penalidad impuestos por la legislatura especializada en la materia. Se revoca la sentencia apelada, ajustándose la sanción a una única pena de diez años de cumplimiento en régimen cerrado.

Texto íntegro:

Santiago, once de octubre de dos mil diecinueve.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos cuarto y quinto, los cuales se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, además presente:

PRIMERO: Que la Ley 20.084, sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes, fijó un régimen jurídico para el tratamiento de infracciones a la ley criminal cometidas por menores de dieciocho y mayores de catorce años de edad, superando los sistemas de inimputabilidad absoluta y relativa, limitada esta última con el trámite del discernimiento, que se aplicaban en nuestro país antes de la dictación del aludido cuerpo normativo, fijando un régimen penal diferenciado en aspectos sustantivos y procesales, relativamente más benigno en relación al sistema penal de los adultos, para de esa forma dar cumplimiento a compromisos asumidos al celebrar tratados internacionales sobre la materia, y así asegurar un modelo garantista y moderado respecto de los adolescentes infractores, principalmente emanados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. No se trata, por ende, de una normativa meramente adjetiva.

SEGUNDO: Que en cuanto a los delitos en particular, debe destacarse que el nuevo régimen no establece un catálogo propio de ilicitudes que constituyan hechos punibles para los adolescentes, sino que son los mismos que se contemplan en el Libro Segundo del Código Penal, por lo que, en general, en todos aquellos aspectos relacionados con el desarrollo del delito y la autoría y participación criminal rigen las disposiciones que se establecen para los adultos en el texto punitivo nacional, reservándose principalmente en materia de sanciones y adjudicación de la responsabilidad penal el establecimiento de un nuevo sistema diferenciado propio para los adolescentes infractores. En efecto, los artículos 18 y 22 de la Ley 20.084 establecieron un límite máximo respecto de las sanciones más graves, como son las de internación en régimen cerrado o semicerrado, ambas con programa de reinserción social, las que no pueden exceder de cinco años, si el infractor tiene menos de dieciséis años de edad; o diez, si aquél tuviere más de esa edad.

TERCERO: Que, para la adecuación de la pena ya impuesta, ha de considerarse que el sentenciado Nicolás Ignacio Barría Ravena fue condenado en la causa RIT 49-2015, a dos sanciones de cinco años y un día de internación en régimen cerrado, con programa de Reinserción Social, como autor de un delito de robo con violencia calificado y de un delito de incendio, sanciones que en razón de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 20.084, deben considerarse como una unidad al momento de regular tales sanciones con arreglo a este último cuerpo legal, por lo que en tal sentido la pena que corresponde imponer dentro del estatuto de la ley de Responsabilidad Penal Adolescente, en su conjunto no puede exceder de 10 años en cuanto a su extensión.

En consecuencia y de acuerdo, además, a lo prevenido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República; y, de los artículos 18 y 22 de la Ley 20.084, **se revoca** la sentencia apelada de dos de octubre de dos mil dieciocho, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en el Ingreso N° 144-2019, y en su lugar se declara que **se acoge** la acción de amparo intentada en favor de Nicolás Ignacio Barría Ravena y, por consiguiente, **se declara** que la sanción asignada en su contra en la causa RIT 49-2015, RUC 1.500.395.012-0, corresponde a **diez años** de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

El señor juez de ejecución, verificará la situación del sentenciado en relación con el cumplimiento de la pena señalada precedentemente, adoptando las medidas que correspondan.

Regístrese y devuélvase.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 25-2019

Materia: Recurso de amparo

Defensora: Marcela Tapia Silva

- 6. Se rechaza Acción Constitucional de Amparo impetrada por Defensoría Penal Pública. Considera la Corte que la nueva normativa da una regla interpretativa que asienta que deben considerarse los requisitos del beneficio de libertad condicional en la época de postulación, no cumpliendo los condenados con dichos requisitos y no habiendo, por tanto, vulneración de garantías [\(CA de Valdivia 18.04.2019 ROL 25-2019\)](#)**

Normas asociadas: DL321 ART.9; L21124

Tema: Vigencia temporal de la ley; Recursos; Garantías Constitucionales; Derecho Penitenciario; Recursos.

Descriptor: Recurso de Amparo; Ley Penal Favorable; Irretroactividad de la Ley Penal; Libertad personal

Magistrados: Carlos Gutiérrez Zabala; Luis Aedo Mora; Juan Correa Rosado

SINTEISIS: La defensa interpone recurso de amparo en contra del CET de Valdivia, argumentando la exclusión de los condenados del proceso de postulación al beneficio de la libertad condicional, por efecto de la aplicación de una reforma legal que en su concepto les perjudica, en atención a que hace más estricta la forma de considerar los requisitos para optar a tal beneficio, alegando la irretroactividad de la ley penal desfavorable en materia penitenciaria y que en consecuencia, tomando como referencia la comisión del delito son normas irretroactivas. La nueva normativa da una nueva regla interpretativa legal que asienta que deben considerarse los requisitos del beneficio de libertad condicional a la época de postulación y que en consecuencia los sentenciados no cumplen por el momento con los requisitos para postular al beneficio, por no concurrir a la época de su postulación con todos los requisitos que impone la normativa en análisis, razón por la que la acción de amparo es desestimada. (Considerando 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º)

Texto íntegro:

Valdivia, dieciocho de abril de dos mil diecinueve.

Vistos:

Que la señora Marcela Tapia Silva, Defensora Penal Pública Penitenciaria, por los condenados C.G. cédula de identidad: 1764XXXX-X, A.N.B cédula de identidad: 14.46XXXX-X, M.O.S, cédula de identidad: 1828XXXX-X, Á.R.O, cédula de identidad: 1381XXXX-X, R.V.I, cédula de identidad: 1158XXXX-X, H.V.P, cédula de identidad 1706XXXX-X, quienes actualmente cumplen condenas en el Centro de Estudios y Trabajos de Valdivia, deduce acción de amparo constitucional en contra del CET, representado por el señor Alcaide, ya que se adoptó por parte de dicha Unidad Penal la

medida de restar del proceso de libertad condicional -primer semestre del año 2019- a los mencionados condenados, ello sin ajustarse a la normativa vigente. Funda su acción en lo que sigue.

1. C.B.G se encuentra en el CET de Valdivia cumpliendo condena de 5 años de presidio mayor en su grado mínimo, por el delito de robo con violencia. Se le consideraron 216 días de abono. Inició cumplimiento el 14 de abril de 2017 y registra como fecha de término el 11 de septiembre de 2021. La sentencia se dictó el 13 de abril de 2017, por hechos ocurridos el 13 de marzo de 2016, antes de que se publicara la Ley 20931, que modifica los tiempos mínimos para optar a la libertad condicional tratándose de delitos contra la propiedad. Por lo expuesto, su tiempo mínimo para optar al beneficio debió ser el 28 de junio de 2019. Sin embargo, Genchi de Valdivia lo fijó el 12 de enero de 2020, haciendo aplicable la exigencia de los dos tercios.
2. A.N.B se encuentra en el CET de Valdivia cumpliendo una condena de 6 años de presidio mayor en su grado mínimo, 61 días de presidio menor en su grado mínimo, más 9 días por el delito de robo con fuerza en lugar habitado y otros. Inició el cumplimiento el 16 de noviembre de 2016 y registra como fecha de término el 23 de junio de 2022. Por lo expuesto, su tiempo mínimo para optar a la libertad condicional debió ser el 28 de abril de 2019 y no el 8 de mayo de 2020. Gendarmería aplicó la nueva modificación de dos tercios de cumplimiento.
3. M.O.S se encuentra en el CET de Valdivia cumpliendo una condena de 12 años y 184 días de presidio mayor en su grado medio, por el delito de robo con intimidación. Inició el cumplimiento el 9 de diciembre de 2012 y registra como fecha de término el 11 de junio de 2025. Por lo expuesto, su tiempo mínimo para optar a la libertad condicional debió ser el 11 de marzo de 2019 y no 11 de abril de 2021. Gendarmería aplicó la nueva modificación de dos tercios de cumplimiento.
4. A.R.O se encuentra en el CET de Valdivia cumpliendo una condena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo y una condena de 541 días de presidio menor en su grado medio por los delitos de lesiones menos graves y desacato. Inició el cumplimiento el 18 de mayo de 2018 y registra como fecha de término el 4 de agosto de 2019. Por lo expuesto, su tiempo mínimo para optar a la libertad condicional debió ser el 8 de octubre de 2018 y Genchi no lo postula, porque dice que solo tiene tres bimestres de muy buena conducta y no cuatro, que es la exigencia de la nueva ley.
5. R.V.I se encuentra en el CET de Valdivia cumpliendo una condena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo, por el delito de violación de mayor de 14 años. Inició el cumplimiento el 29 de julio de 2017 y registra como fecha de término el 10 de noviembre de 2021. Por lo expuesto, su tiempo mínimo para optar a la libertad condicional debió ser el 13 de mayo de 2019 y no el 13 de marzo de 2020. Gendarmería aplicó la nueva modificación de dos tercios de cumplimiento.
6. H.V.P se encuentra en el CET de Valdivia cumpliendo una condena de 6 años de presidio mayor en su grado mínimo, por el delito de robo con violencia. Inició el cumplimiento el 25 de febrero de 2016 y registra como fecha de término el 25 de febrero de 2022. La sentencia se dictó el 8 de febrero de 2017 por hechos ocurridos el 25 de febrero de 2016, es decir antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.931 que modifica los tiempos mínimos en materia de delitos contra la

propiedad. Por lo expuesto, su tiempo mínimo para optar a la libertad condicional debió ser el 25 de febrero de 2019 y no el 25 de febrero de 2020. Gendarmería aplicó la nueva modificación de dos tercios de cumplimiento.

Agrega que todos estos internos tenían la conducta y demás requisitos que exige el Decreto Ley 321 y su Reglamento, por lo que el primer semestre de 2019 debió postularse por Gendarmería de Chile para optar a la libertad condicional. Sin embargo, se tomó conocimiento de que no iban en el actual proceso. Al preguntar los motivos, señalan que tras la publicación de la Ley 21.124 -de 18 de enero de año 2019- ya no se cumplen los requisitos que se exigen por la nueva normativa.

Alega la inexistencia de Reglamento que ejecute las modificaciones introducidas. Indica que la Ley N° 21.124 que modificó el Decreto Ley 321 de 1925, que establece la libertad condicional para los penados fue publicada el 18 de enero de 2019, y en su artículo 11 dispuso que un reglamento dictado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos establecerá las normas relativas a: a) La organización del sistema de libertad condicional, incluyendo los programas, las características y los aspectos particulares que éstos deberán tener. b) Los informes de Gendarmería de Chile que se contemplan en los artículos 2°, 3°ter, 4°, 5°, 6° y 7° del presente decreto. c) Las características y requisitos que deberán

reunir los delegados de libertad condicional.

Sostiene que si se analiza el DL N° 321 este no desarrolla detalladamente el procedimiento que se debe adoptar para la preparación de los antecedentes pertinentes y posterior conocimiento de ellos por parte de la Comisión de Libertad Condicional. A la fecha no se ha publicado el Reglamento que debería orientar en la ejecución de estas medidas. Si bien, el artículo transitorio de la ley establece un plazo de 4 meses contados desde el 19 de enero del presente año, no se puede desconocer que el proceso de postulación a la libertad condicional ya comenzó y que Gendarmería de CET de Valdivia, ha realizado una serie de actos en orden a preparar la nómina oficial de las personas que postulan a la libertad condicional en el primer semestre de este año.

Que la nómina oficial salió el 19 de marzo de 2019, y en ella se resta a las personas que cumplían sus tiempos mínimos antes de las modificaciones introducidas. En efecto, la administración penitenciaria tuvo que modificar los datos estadísticos que se manejaban en la unidad, adecuándolos a las nuevas exigencias. Pero se adecuó solo lo relativo a los tiempos mínimos porque en materia de conducta, paradójicamente, Gendarmería se sujetó a la normativa antigua, exigiendo tres últimos bimestres para condenas superiores a 541 días, y dos bimestres de conducta para condenas inferiores a 541 días. Se consideró la

conducta hasta diciembre de 2018.

Agrega que iniciado el proceso no se pueden exigir requisitos distintos a aquellos que estaban vigentes al momento de postular y extender los requisitos modificados por la Ley 21.124 a los condenados y excluirlos del proceso de postulación a la libertad condicional resulta arbitrario a la luz del espíritu de la nueva normativa sobre libertad condicional.

Alega la irretroactividad de ley penal desfavorable en materia penitenciaria y que en consecuencia, tomando como referencia el momento de la comisión del delito, esas normas son irretroactivas. Pide restablecer el imperio del derecho y terminar con la amenaza a la libertad personal y disponer la reincorporación de los amparados al proceso de libertad condicional relativo a abril del año 2019 Informa al tenor del recurso la recurrida señalando que el Decreto Ley N° 321 que fija el texto del reglamento de la Ley de Libertad Condicional, vigente a la presentación del presente recurso prescribe en su artículo N° 3, inciso tercero:

"Asimismo, las personas condenadas por los delitos de parricidio, femicidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación con homicidio, violación, infanticidio, y por los delitos contemplados en el número 2 del artículo 365 bis y en los artículos 366 bis, 366 quinquies, 367, 411 quáter, 436 y 440, todos del Código Penal, homicidio de miembros de las policías, de integrantes del Cuerpo de Bomberos de Chile y de Gendarmería de Chile, en ejercicio de sus funciones, y el de elaboración o tráfico de estupefacientes, sólo podrán postular a este beneficio cuando hubieren cumplido dos tercios de la pena.". Asimismo el Art. 9, del D.L.321 mandata: "para los efectos de la presente Ley, se entenderá que los requisitos para la obtención del beneficio de la libertad condicional son aquellos que se exigen al momento de la postulación".

Da cuenta además lo informado por Contraloría general a este respecto. Señala que los condenados no cumplen los requisitos. En cuanto al principio de irretroactividad Penal, señala que Gendarmería de Chile no ha tenido injerencia en la tipificación del delito ni al quantum de la pena, entendiéndose además que en la ejecución de la pena la Libertad Condicional de acuerdo a lo señalado en su art. 1 ° es un beneficio que no extingue o modifica la duración de la pena, sino es un medio de prueba o avance en su proceso de reinserción social y no una mera imputación de conducta, el logro de mayores espacios de libertad, por ende si este avance es genuino no debiera influir en la función motivadora o determinar actos socialmente no deseados.

Afirma que Gendarmería de Chile no ha cometido acto arbitrario alguno que hubiese perturbado, amenazado la seguridad personal de los amparados.

Y considerando:

Primero: Que la acción constitucional de amparo es un recurso de naturaleza excepcional, que encuentra su origen y fuente en la Constitución Política de la República, cuyo propósito consiste en obtener de los Tribunales Superiores de Justicia, una tutela eficaz y eficiente para salvaguardar la integridad del derecho que la doctrina ha denominado libertad individual. Al conocer un recurso de amparo, es el deber constitucional de esta Corte adoptar, en forma inmediata, las providencias necesarias para asegurar el debido resguardo ante una acción u omisión arbitraria o ilegal, que importe una privación, perturbación o amenaza de la libertad personal del ciudadano, así como para su seguridad individual.

Segundo: Que los argumentos de la recurrente guardan relación con la exclusión de los condenados -individualizados al inicio- del proceso de postulación al beneficio de la libertad condicional, por efecto de la aplicación de una reforma legal que en su concepto les perjudica, en atención a que hace más estricta la forma de considerar los requisitos para optar a tal beneficio.

Lo anterior, porque la recurrente sostiene que, a la época de iniciarse el proceso de postulación con la preselección de los candidatos, éstos cumplían con el tiempo mínimo exigido y con los requisitos de conducta en su caso, exclusión que ocurrió por la aplicación improcedente de las nuevas exigencias de la Ley N°21.124 a sus defendidos.

Tercero: Que se debe tener presente, para poder dilucidar la procedencia del recurso, que el artículo 9° del Decreto Ley N°321 del año 1925, en su texto modificado por la ley N° 21.124, publicada en el Diario Oficial el 18 de enero de 2019 indica que "Para los efectos del presente decreto ley, se entenderá que los requisitos para la obtención del beneficio de la libertad condicional son aquellos que se exigen al momento de la postulación".

Cuarto: Que de acuerdo a lo informado por la propia recurrente, la nómina oficial de postulación a la Libertad Condicional, fue emitida con fecha 19 de marzo de 2019, época a la cual, se encontraba vigente la normativa contenida en los artículos 2 y 9 de la Ley 21.124.

Se debe considerar al efecto, que el estatuto reglamentario constituye una norma de carácter adjetivo que rige in actum. El derecho sustantivo es la norma consagradoria de un derecho. En cambio, el derecho adjetivo lo constituye el mecanismo procedimental que permite hacer valer ese derecho o darle efectividad a esa relación.

Quinto: Que la ley 21.124, publicada el 18 de enero de 2019 y con vigencia desde la misma fecha, en lo pertinente, introdujo modificaciones al Decreto Ley 321 que regula concesión del beneficio, entre estas, modificó el tiempo mínimo de cumplimiento efectivo de la condena en los casos que indica, elevándolo a dos tercios de cumplimiento efectivo, la que existía desde el año 2016 respecto a los delitos por los que fueron condenados los amparados, también exige cuatro bimestres de muy buena conducta anteriores a su postulación y, además, introdujo un nuevo artículo 9° que expresa que los requisitos para la obtención del beneficio de la libertad condicional son aquellos que se exigen al momento de la postulación.

Sexto: Que dicha regla de interpretación permite zanjar la discusión sobre la vigencia del texto del Decreto Ley 321, pues si bien se estimó por parte de la jurisprudencia que debía estarse al texto de la Ley vigente a la época del inicio de la condena de un sentenciado para la consideración de los requisitos del beneficio de libertad condicional, con la nueva regla interpretativa legal queda asentado que debe estarse a la época de la postulación, el cual comienza con las listas que confeccionen el Tribunal de Conducta los días 25 de marzo para el primer semestre y el 25 de septiembre para el segundo semestre, conforme previene el artículo 24 del Decreto 2442, que establece el Reglamento para la concesión del beneficio de libertad condicional.

Séptimo: Que, en consecuencia, los sentenciados no cumplen por el momento con los requisitos para postular el beneficio de libertad condicional, por no concurrir a la época de su postulación con todos los requisitos que impone la normativa en análisis, razón por la que la acción de amparo será desestimada.

Por estas consideraciones, normas legales citadas y lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **se rechaza** el recurso de amparo deducido por la señora defensora Marcela Tapia Silva, por C.B.G, A.N.B, M.O.S, Á.R.O, R.V.I y H.V.P.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Carlos Gutiérrez Zavala, quien compartiendo los razonamientos del voto en contra, contenido en la sentencia Rol 116–2019, de fecha 11 de abril de 2019, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, estimó lo que sigue:

“1.- Que el ámbito de aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable se extiende a los distintos aspectos del Derecho Penal Sustantivo, incluyendo también lo relativo a la ejecución penitenciaria.

2°.- Que en el presente caso, los antecedentes allegados al recurso dan cuenta que el amparado dio inicio a su condena el 18 de noviembre de 2016, esto es con anterioridad a la dictación de la Ley N° 21.124, publicada en el Diario Oficial el 18 de enero de 2019, que altera el tiempo mínimo de conducta intachable, que el condenado debe observar para ser

postulado al beneficio de la libertad condicional, aumentándolo de tres a cuatro bimestres anteriores a dicha postulación.

3°. Que la Ley N° 21.124 introdujo entre otras modificaciones, un nuevo artículo 9, que en su texto señala: “Para los efectos del presente decreto ley, se entenderá que los requisitos para la obtención del beneficio de la libertad condicional son aquellos que se exigen al momento de la postulación”, disposición que no existía en el cuerpo legal vigente antes de su promulgación y que ha señalado una restricción a los condenados que antes de su publicación ya habían reunido todas las condiciones del antiguo DL 321 para acceder al beneficio de que se trata.

En este sentido, el artículo 2 del D.L. N° 321 resulta inaplicable al caso por tratarse de una disposición más gravosa que la vigente tanto al tiempo de iniciarse la condena, como al tiempo de haberse satisfecho los tres bienios de buena conducta, que bajo el imperio de la ley anterior, habrían permitido al amparado acceder al proceso para optar a la libertad condicional.

5°. Que no se trata en la especie, de una mera expectativa para el condenado que deba quedar fuera de la irretroactividad o de la ultractividad de la ley penal más favorable sino que, por el contrario, responde a un medio de prueba establecido por ley, que en definitiva se consagra en un régimen de cumplimiento de la pena.”

Regístrese, comuníquese y en su oportunidad, archívese.

Redacción del Ministro Titular señor Juan Ignacio Correa Rosado.

Rol 25 – 2019 AMP.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 30-2019

Materia: Recurso de amparo

Defensora: Marcela Tapia Silva

7. **Se acoge la Acción Constitucional de Amparo impetrado por Defensoría Penal Pública. Se considera que la modificación del Decreto Ley 321 por la ley Nº 21.124 no puede afectar a personas que han sido condenadas previa a dicha modificación por aplicación del principio de la irretroactividad de la ley penal desfavorable. [\(CA de Valdivia 03.04.2019 ROL 30-2019\)](#)**

Normas asociadas: DL321; L21124

Tema: Vigencia temporal de la ley; Garantías Constitucionales; Derecho Penitenciario; Recursos.

Descriptor: Recurso de Amparo; Ley Penal Favorable; Irretroactividad de la Ley Penal; Libertad personal

Magistrados: Marcia Undurraga Jensen, María Del Río Tapia, Luis Duran Roubillard

SINTESIS: Defensa interpone Acción Constitucional de Amparo en contra del Complejo Penitenciario de Valdivia por excluirse a los condenados del proceso de postulación al beneficio de la libertad condicional, por efecto de la aplicación de una reforma legal que les perjudica, en atención a que hace más estricta la forma de considerar los requisitos para optar a tal beneficio. Estima la Corte que el ámbito de aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable se extiende a los distintos aspectos del Derecho Penal Sustantivo, incluyendo también lo relativo a la ejecución penitenciaria. Se establece que no se trata en la especie de una mera expectativa para el condenado que deba quedar fuera de la irretroactividad o de la ultraactividad de la ley penal más favorable, sino que, por el contrario, responde a un medio de prueba establecido por ley, que en definitiva consagra un régimen de cumplimiento de la pena. (Considerando 2º, 3º, 4º, 5º, 6º)

Texto íntegro:

Valdivia, treinta de abril de dos mil diecinueve.

Vistos:

Comparece doña Marcela Tapia Silva, abogada, Defensora Penal Pública Penitenciaria, domiciliada en C.A xxx Valdivia, por los condenados S.R.S, cédula nacional de identidad 19634XXX-X; J.S.C, cédula nacional de identidad 17076XXX-X; J.C.E, cédula nacional de identidad 12812XXX-X; B.Z.P, cédula nacional de identidad 17297XXX-X, actualmente cumpliendo condenas en el Complejo Penitenciario de Valdivia, ejerciendo Acción Constitucional de Amparo en contra del Complejo Penitenciario de Valdivia, representado por su Alcaide, ya que se adoptó por parte de dicha Unidad Penal la medida de restar del proceso de libertad condicional, relativo al primer semestre del año 2019, a las

condenadas, ello sin ajustarse a la normativa vigente por lo que su privación de libertad se torna arbitraria e ilegal.

Pide acoger la acción constitucional, disponiendo el reintegro de las internas al proceso de libertad condicional de abril del año 2019.

Expone los antecedentes de tiempo de cumplimiento de condena de los recurrentes, dando cuenta que no fueron incluidos en la nómina de oficial para postular a la Libertad Condicional, porque con la modificación legal del Decreto Ley 321 dejaron de cumplir el tiempo mínimo de pena cumplida, el que pasó a ser de dos tercios y no la mitad como en la norma anterior. Además, dos de ellos tienen tres bimestres de conducta muy buena y no cuatro, en la época inmediatamente anterior a su postulación.

Arguye que, considera que se cumplían a cabalidad todos los requisitos legales y reglamentarios fijados por el Decreto Ley 321 y su Reglamento, por lo que los internos debieron ser postulados el primer semestre de 2019 a la libertad condicional. Sin embargo, al preguntar por su situación se toma conocimiento de que ya no iban en el proceso. Respecto a los motivos señalan que tras la publicación de la Ley 21.124 no se cumplen los requisitos que se exigen por la nueva normativa.

Afirma que la resolución administrativa mediante la cual se excluye a los condenados del proceso de libertad condicional en el que estaban participando, por la supuesta falta del cumplimiento de los requisitos legales, tras la modificación del Decreto Ley 321, mediante la Ley 21.124, es un acto arbitrario e ilegal que amenaza la libertad personal de estas personas en contravención de lo dispuesto en la Constitución y las Leyes. Lo anterior, debido a la inexistencia de reglamento que ejecute las modificaciones introducidas e irretroactividad de la ley penal desfavorable en materia penitenciaria.

De esta forma, manifiesta que La Ley 21.124 que modifica el Decreto Ley 321 de 1925, que establece la libertad condicional para los penados fue publicada el 18 de enero de 2019, y en su artículo 11 dispone que:

“Un reglamento dictado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos establecerá las normas relativas a:

a) La organización del sistema de libertad condicional, incluyendo los programas, las características y los aspectos particulares que éstos deberán tener.

b) Los informes de Gendarmería de Chile que se contemplan en los artículos 2°, 3°ter, 4°, 5°, 6° y 7° del presente decreto.

c) Las características y requisitos que deberán reunir los delegados de libertad condicional.”

Añade que si se analiza el DL N° 321 este no desarrolla detalladamente el procedimiento que se debe adoptar para la preparación de los antecedentes pertinentes y posterior conocimiento de ellos por parte de la Comisión de Libertad Condicional. A la fecha actual, no se ha publicado el Reglamento que debería orientar en la ejecución de estas medidas. Si bien, el artículo transitorio de la ley, establece un plazo de 4 meses contados desde el 19 de enero del presente año, no se puede desconocer que el proceso de postulación a la libertad condicional ya comenzó, que no existe Reglamento, y que Gendarmería de Valdivia ha realizado una serie de actos en orden a preparar la pre-nómina y la nómina oficial de las personas que postularían a la libertad condicional en el primer semestre de este año.

Continúa considerando que la concesión o no de la libertad condicional se decide tras una serie de actos que fluyen en un procedimiento administrativo es posible concluir que el proceso se inició antes de la publicación del Reglamento que orienta a la ejecución de la ley. Todo procedimiento administrativo debe tener tres fases: iniciación, instrucción y finalización. En el caso de la libertad condicional, este proceso no comienza con la nómina oficial que elabora el Tribunal de Conducta conforme el art. 24 del Reglamento. La nómina es producto de un trabajo en el cual se incorpora el aporte del personal de

Estadística, de los Encargados Laborales y Educacionales, además del trabajo de los profesionales del Área Técnica.

Así, expresa que la nómina oficial le fue notificada el viernes 5 de abril de 2019, y en ella se resta a las personas que cumplían sus tiempos mínimos o la conducta, antes de las modificaciones introducidas. En efecto, la administración penitenciaria tuvo que modificar los datos estadísticos que se manejaban en la unidad, adecuándolos a las nuevas exigencias. Se adecuó lo relativo a los tiempos mínimos y conducta.

Es decir, ya iniciado el proceso no se pueden exigir requisitos distintos a aquellos que estaban vigentes al momento de postular. De esta forma, extender los requisitos modificados por la Ley 21.124 a las condenadas y de esta forma excluirlos del proceso de postulación a la libertad condicional resulta arbitraria a la luz del espíritu de la nueva normativa sobre libertad condicional.

Referente a la irretroactividad de ley penal desfavorable en materia penitenciaria, razona que para determinar si las modificaciones perjudiciales que experimenta la regulación penitenciaria están o no cubiertas por el principio de irretroactividad penal, debemos analizarlo a la luz del fundamento del principio, que es la seguridad jurídica. Aquellas disposiciones o modificaciones en materia penitenciaria que poseen naturaleza penal deben considerarse dentro de su radio de acción. Estas normas referidas a la ejecución de las penas, se les aplica el principio de irretroactividad en los mismos términos que a las normas penales (principio de asimilación). En consecuencia, tomando como referencia el momento de la comisión del delito, esas normas son irretroactivas. La irretroactividad es una garantía asociada e primer lugar al principio de legalidad y a la seguridad jurídica, pero también a la función motivadora de las normas. Solo la norma conocida tiene capacidad para disuadir a las personas de realizar determinados actos socialmente no deseados. De nada sirve un mensaje de endurecimiento después del delito (o sirve solo para generar desconfianza en el derecho). De las exigencias de garantía nace el derecho de los ciudadanos a saber cuál es la pena que le corresponde al delito o falta cometida, el derecho del ciudadano a saber con certeza cuál es la forma en que se van aplicar las penas, a saber, en definitiva, en la práctica, en que se va a traducir la sanción impuesta. Si eso es lo que se busca, de poco sirve saberlo antes de delinquir, si después del delito, puede cambiarse la forma en que se va a aplicar la pena o el modo de ejecución de esta. La modificación de los requisitos para acceder a la libertad condicional los endureció. Estas normas son normas penales penitenciarias que tienen incidencia directa en el modo de ejecutar la pena privativa de libertad, por tanto, se trata de norma penal penitenciaria desfavorable, en consecuencia, rige el principio de irretroactividad penal, regulado a nivel legal en el art. 18 del C. Penal y a nivel Constitucional en el art. 19 número 3 inc.7.

En definitiva, solicita como medida necesaria para restablecer el imperio del derecho y terminar con la amenaza a la libertad personal de los internos disponer su reincorporación al proceso de libertad condicional relativo a abril del año 2019.

Informa el recurso de amparo Jefe Subrogante del Complejo Penitenciario de Valdivia, Teniente Coronel Luis Troncoso Henríquez, expresando que en lo referente a la inclusión en la lista para postular a la libertad condicional de los internos, la Ley 21.124 cumple con las formalidades legales, cuyo título modifica el Decreto Ley N° 321 de 1925, que establece en su artículo 2 los requisitos de postulación, los que en el caso particular de los amparados Ruz, Saldaña y Cornejo, no cumplen con los requisitos establecidos.

Añade que en esta instancia de postulación del 1° semestre 2019, solo tiene implicancia lo indicado señalado en artículo 2° que dice relación con los requisitos de postulación, a lo cual los condenados no cumplen con los requisitos establecidos. Respecto de lo reclamado en relación al artículo 11° queda claramente subsanado en su artículo transitorio, señalando que el Reglamento aludido en el artículo 11° deberá dictarse dentro del plazo de 4 meses contados desde su publicación en el Diario Oficial (18/01/2019), es

decir, plazo aún vigente al 18/05/2019. Sin perjuicio de lo anterior y en lo referido a postulación del 1° semestre, según lo indica el artículo 4°, la Comisión de Libertad Condicional funcionará en la Corte respectiva durante los primeros 15 días del mes de abril, razón por la cual Gendarmería de

Chile, luego de un arduo trabajo ha dado cumplimiento a la normativa vigente, es decir, la Ley 21.124 que modifica el DL 321, y que indica que los condenados postulantes deberán cumplir con los requisitos señalados en el Art 9° y 2° de la citada Ley.

En cuanto al principio de irretroactividad Penal, manifiesta que Gendarmería de Chile, no ha tenido injerencia en la tipificación del delito ni el Quantum de la pena. Entendiendo además que, en la ejecución de la pena, la Libertad Condicional de acuerdo a lo señalado en su Art. 1° es un beneficio, que no extingue ni modifica la duración de la pena, sino es un medio de prueba o avance en su proceso de reinserción social y no una mera manipulación de conducta para el logro de mayores espacios de libertad por ende si este avance es genuino no debiera influir en la función motivadora o determinar actos socialmente no deseados.

A continuación, manifiesta que en cuanto al amparado B.Z.P, por un error de digitación no fue incluido en la nómina presentada a la Comisión de Libertad Condicional, debido a un cambio en su tiempo mínimo. Sin embargo, una vez corregido aquello según lo determinado, el condenado debió haber sido presentado al proceso de postulación concerniente al primer semestre. Además, hace presente que se iniciarán las acciones administrativas correspondientes para el establecimiento de la responsabilidad a que haya lugar.

Por lo expuesto, reafirma Gendarmería ha actuado en pleno ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias, por lo que pide se rechace el presente recurso en todas sus partes. Se ordenó agregar la causa para su vista.

CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso de amparo, previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, es una acción constitucional, cuyo propósito consiste en obtener de los Tribunales Superiores de Justicia, una tutela eficaz y eficiente para salvaguardar la integridad del derecho que la doctrina ha denominado libertad individual, para evitar una afectación antijurídica del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual de cualquier persona, siendo precisamente la antijuridicidad de la conducta el comportamiento que la acción constitucional referida intenta solucionar o revertir.

Segundo: Que los argumentos de la recurrente guardan relación con la exclusión de los condenados individualizados, del proceso de postulación al beneficio de la libertad condicional, por efecto de la aplicación de una reforma legal que les perjudica, en atención a que hace más estricta la forma de considerar los requisitos para optar a tal beneficio.

Lo anterior, estimando la recurrente que a la época de iniciarse el proceso de postulación con la preselección de los candidatos, éstos cumplían con el tiempo mínimo exigido y con los requisitos de conducta en su caso, todo por la aplicación improcedente de la Ley 21.124 a cada uno de los casos, ya que considera que no existe reglamento que ejecute las modificaciones introducidas y se transgrede la irretroactividad de la ley penal desfavorable en materia penitenciaria.

Tercero: Que el ámbito de aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, se extiende a los distintos aspectos del Derecho Penal Sustantivo, incluyendo también lo relativo a la ejecución penitenciaria.

Cuarto: Que en el presente caso, los antecedentes allegados al recurso dan cuenta que los amparados Saavedra, Saldaña y Cornejo, dieron inicio al cumplimiento de su condena en septiembre de 2016, octubre de 2017 y julio de 2016, respectivamente, esto es, con anterioridad a la dictación de la Ley 21.124, publicada en el Diario Oficial el 18 de enero de 2019, que altera el tiempo mínimo de cumplimiento efectivo de la pena al momento de la postulación, aumentándolo de la mitad, a los dos tercios del total de la o las penas impuestas.

Quinto: Que la Ley 21.124 introdujo entre otras modificaciones, un nuevo artículo 9, que en su texto señala: “Para los efectos del presente decreto ley, se entenderá que los requisitos para la obtención del beneficio de la libertad condicional son aquellos que se exigen al momento de la postulación”, disposición que no existía en el cuerpo legal vigente antes de su promulgación y que ha señalado una restricción a los condenados que antes de su publicación ya habían reunido todas las condiciones del antiguo Decreto Ley 321 para acceder al beneficio de que se trata. En este sentido, el artículo 2 del Decreto Ley N° 321 resulta inaplicable al caso por tratarse de una disposición más gravosa que la vigente tanto al tiempo de iniciarse la condena, como al tiempo de haberse satisfecho el tiempo mínimo de cumplimiento, que bajo el imperio de la ley anterior, habrían permitido a los amparados acceder al proceso para optar a la libertad condicional.

Sexto: Que no se trata en la especie, de una mera expectativa para el condenado que deba quedar fuera de la irretroactividad o de la ultractividad de la ley penal más favorable sino que, por el contrario, responde a un medio de prueba establecido por ley, que en definitiva se consagra en un régimen de cumplimiento de la pena.

Séptimo: Que en el presente caso, en los antecedentes informados de los condenados, S.R.S, J.S.C., J.C.E., alcanzan la mitad del cumplimiento de la condena, al momento de su postulación, por lo que cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto Ley 321, previo a las modificaciones introducidas por la Ley 21.124, teniendo, en consecuencia, derecho a ser postulados al proceso de libertad condicional del primer semestre del año 2019.

Octavo: Que, por otra parte, no debe perderse de vista que el proceso de postulación a la libertad condicional es una serie concatenada de actos que confluyen en la conformación de una nómina definitiva de condenados a partir de pre-nóminas iniciales, en las que luego de corroborados los antecedentes, son postulados para acceder a dicho beneficio, lo que demuestra el avance de cada condenado en el proceso de reinserción social. De esta forma, los internos inician efectivamente el cumplimiento de los requisitos desde que comienzan a acumular antecedentes para mostrar su real progreso, momento que ocurre con el establecimiento de la conducta intachable que se les exige, esto es, a lo menos, tres bimestres anteriores a la postulación para el caso de la norma vigente al momento de la actual postulación, como ya se ha venido argumentando.

Noveno: Que en cuanto a la situación informada del condenado B. Z. P, que la recurrida informa que sí cumpliría con el tiempo mínimo para ser postulado, pero que aquello no ocurrió por un error.

De aquella sola afirmación se extrae que se ha afectado su garantía a la libertad y seguridad individual, desde que se vio impedido de ser postulado en el proceso de libertad condicional del primer semestre de 2019, viendo coartada la posibilidad de obtener su libertad en base al régimen establecido en el Decreto Ley 321 de 1925, aunque haya sido por el error que se indica, por lo que, a su respecto, la acción de amparo con mayor razón debe ser acogida, ya que no es un hecho discutido que cumpla los requisitos, ya sea con la ley aplicable según lo dicho o, la modificada por la Ley 21.124.

Por estas consideraciones, normas legales citadas y lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se **ACOGE** el recurso de protección deducido por Marcela Tapia Silva en favor de los condenados S.R.S, cédula nacional de identidad 1963XXX-X; J.S.C, cédula nacional de identidad 1707XXXX-X; J.C.E, cédula nacional de identidad 12812XXX-X; B.Z.P, cédula nacional de identidad 17297XXX-X, debiendo Gendarmería de Chile realizar las acciones pertinentes para su postulación al proceso de Libertad Condicional.

Regístrese, comuníquese y en su oportunidad, archívese.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. Marcia Undurraga Jensen.

N° Amparo-30-2019.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 34-2019

Materia: Recurso de amparo

Defensora: Marcela Tapia Silva

8. **Se acoge Acción Constitucional de Amparo interpuesta por Defensoría Penal Pública en contra del Consejo Técnico de Gendarmería de Chile, debiendo restituirse el beneficio de salida de fin de semana que gozaba el interno y mantenerlo mientras no se acrediten las circunstancias de revocación establecidas en el art. 113 del Decreto 518. [\(CA de Valdivia 22.05.2019 ROL 34-2019\)](#)**

Normas asociadas: DL518 ART.98; DL518 ART.113; DL518 ART.96; CPR ART.19 N°7; CPR ART.21

Tema: Interpretación de la ley penal; Culpabilidad; Recursos; Garantías Constitucionales.

Descriptor: Libertad personal; Beneficios Intrapenitenciarios; Presunción de inocencia; Recurso de amparo.

Magistrados: Carlos Gutiérrez Zabala, Luis Aedo Mora, Luis Duran Roubillard

SÍNTESIS: Defensa interpone recurso de amparo en contra del Consejo Técnico de Gendarmería de Chile, GEMCHI, que tomó la decisión de revocar el beneficio de salida de fin de semana que tenía el interno. La Corte establece que el amparado se encontraba haciendo uso del beneficio de salida de fin de semana, contemplado en el art. 96 del Reglamento de Establecimientos penitenciarios, permiso que fue suspendido por haber cometido el presunto delito de lesiones con arma blanca, resuelve que la decisión recurrida se dictó sin apego a lo dispuesto en el artículo 113 del Decreto 518, razón que hace necesario se acoja el presente recurso, teniendo en consideración, que las decisiones de la autoridad competente, en orden a restringir la libertad ambulatoria de las personas que se encuentran bajo su custodia haciendo uso de beneficios intrapenitenciarios, deben ser adoptadas de manera restrictiva y cuando concurren efectivamente las condiciones que la ley consagra para ello, por afectar garantías constitucionales si resultan contrarias a ellas. (Considerando 5º, 6º, 8º)

Texto íntegro:

Valdivia, veintidós de mayo de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Comparece doña Marcela Tapia Silva, Defensora Penal Pública Penitenciaria, por el condenado S.R.S actualmente cumpliendo condena en el Complejo Penitenciario de Valdivia, quien ejerce Acción Constitucional de Amparo en contra del Consejo Técnico de Gendarmería de Chile, GEMCHI, representado por su Alcaide, que tomó la decisión de revocar el beneficio de salida de fin de semana que tenía el interno, sin ajustarse a la normativa vigente, por lo que la decisión se torna arbitraria e ilegal, afectando el espacio de libertad que legítimamente había conseguido su representado.

Funda su recurso manifestando que su representado cumple condena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo por el delito de robo con intimidación. Según datos estadísticos, inicia el cumplimiento de su condena el 12 de septiembre de 2016, registrando como fecha de término el 13 de septiembre de 2021. Ha tenido muy buena conducta durante su vida intrapenitenciaria.

Hace aproximadamente dos meses atrás, comenzó a hacer uso del beneficio de salida de fin de semana cumpliendo a cabalidad con las condiciones que impone el régimen. Salía los viernes a las 18:00 horas y volvía a las 22 horas del domingo. Con fecha 23 de marzo del presente año, mientras se encontraba haciendo uso del permiso intrapenitenciario, a eso de las 22: 00 horas S.R.S andaba con su polola, en la población 11 de septiembre, de la comuna de Los Lagos, cuando fue interceptado por un grupo de jóvenes que constantemente piden plata en el sector, para dejar pasar, lo que se conoce vulgarmente como "peaje", exigencia que fue resistida por el interno, por lo que fue atacado por uno de los jóvenes, teniendo que defenderse de la agresión. Estos antecedentes se pusieron en conocimiento de la Fiscalía de Los Lagos, ya que uno de los jóvenes, al parecer resultó con lesiones leves producto de una herida con arma blanca.

Más de un mes del incidente, Fiscalía no ha imputado delito alguno a su representado, no ha pedido audiencia de formalización, no ha solicitado cautelares. De hecho, habiendo solicitado los antecedentes que están en poder del Ministerio Público, lo único que consta es la declaración de la polola de su representado y de la madre de la misma, dando cuenta del incidente. Ese fin de semana S.R.S volvió como de costumbre al penal y Gendarmería, en circunstancias confusas, tomó declaración al interno porque ellos se habían enterado del hecho, ignorando esta defensa la fuente. En esa declaración S.R.S relató la situación vivida. Con fecha 30 de abril, la defensa penitenciaria solicitó reconsideración administrativa y la respuesta del Consejo Técnico fue mantener la decisión. Agrega que el artículo 113 en su inciso 1 del Reglamento de Establecimiento Penitenciarios establece que: "A los internos que ingresen o reingresen al establecimiento en calidad de detenidos, sujetos a prisión preventiva o condenados por un nuevo delito, cometido mientras hacían uso de alguno de los beneficios señalados en el artículo 96, les será revocado el permiso del que gozaban".

El fundamento que se ha esgrimido para revocar el beneficio dice relación con que existen antecedentes de una denuncia en contra del interno por lesiones leves que se estarían investigando por la Fiscalía de Los Lagos. Afirma que estos antecedentes no configuran, en ningún caso, la hipótesis que prevé el artículo 113, esto es, detención, prisión preventiva o condena por nuevo delito, ya que a la fecha su representado, ni siquiera ha sido formalizado por la Fiscalía de Los Lagos.

Hace alusión la defensa a la presunción de inocencia que asiste a todo ciudadano, mientras no exista una sentencia condenatoria firme y ejecutoriada que diga lo contrario. Asimismo, el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres, principio rector de la actividad penitenciaria que está recogido en el artículo 2 del propio Reglamento Penitenciario.

Sostiene que la decisión del Consejo Técnico, si bien es facultativa, esta no puede ser ilegal ni arbitraria. Todo acto administrativo debe sujetarse a los principios propios que

rigen toda actividad administrativa: principio de legalidad, fundamentación y razonabilidad de la decisión.

Concluye que la decisión de revocar el beneficio de salida de fin de semana es arbitraria y no se ajusta a la legalidad del propio Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Por lo anterior, la decisión del Consejo Técnico de Gendarmería de Chile, Valdivia, es arbitraria e ilegal.

Por lo expuesto, pide concretamente disponer la restitución del beneficio de salida de fin de semana del que gozaba el interno. Informa el recurso el Alcaide del Complejo Penitenciario de Valdivia, quien señala que Decreto N° 518, que Aprueba el "Reglamento de Establecimientos Penitenciarios", vigente a la presentación del presente recurso prescribe en su Artículo 98.-" La concesión, suspensión o revocación de los permisos señalados en el artículo 96, será una facultad privativa del Jefe de Establecimiento, sin embargo sólo podrá concederlo a los internos que gocen de informe favorable del Consejo Técnico. Para estos efectos, se entenderá que existe informe favorable sólo cuando el Consejo Técnico se pronuncie positivamente acerca de la postulación del interno. Las deliberaciones y acuerdos de las sesiones de los Consejos Técnico constarán en el acta respectiva", Añade que el mismo Decreto N° 518, en su Artículo 99 expresa: "Antes de renovar o conceder un nuevo permiso, el jefe del establecimiento evaluará el uso que se haya hecho de la salida anterior. El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que correspondan a los beneficiarios facultará al Jefe del establecimiento para suspenderlos o revocarlos.

Informa que mediante parte interno N° 323 del 24 de marzo del año en curso en cual se da cuenta de la detención del interno beneficiario por parte de Carabineros de Chile, y consta que dicha detención se ejecuta a las 02.00 am por el delito de lesiones graves.

Por lo expuesto, se instruyó la respectiva investigación, y en los antecedentes consta un correo del Ministerio Público, que ratifica que existe una investigación en la cual S.R.S es sindicado como autor de lesiones en causa RUC N° 1900316054-0. Con estos antecedentes el día 29 de marzo del 2018, sesiona el Consejo Técnico de forma extraordinaria en cuya acta N° 89 se consigna la revocación del beneficio intrapenitenciario del amparado Ruz.

Agrega que sin perjuicio de la decisión adoptada queda establecido que si el interno es absuelto en la causa y según lo dispuesto en el artículo 113 del Decreto N° 518, se le restituirá el derecho a postular nuevamente a un beneficio cumpliendo con los requisitos.

Por lo expuesto, pide el rechazo del amparo.

CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso de amparo es una acción constitucional prevista en el artículo 21 de la Constitución Política de la República cuyo propósito consiste en la obtención de Tribunales Superiores de Justicia de una tutela eficaz y eficiente para salvaguardar la integridad del derecho a libertad personal y seguridad individual. Al conocer un recurso de amparo, es un deber constitucional para esta Corte adoptar, en forma inmediata, las providencias necesarias para asegurar el debido resguardo ante una acción u omisión arbitraria o ilegal, que importe una privación, perturbación o amenaza de la libertad personal del ciudadano, así como para su seguridad individual.

Segundo: Que del mérito del escrito que contiene el recurso, del informe, y de lo alegado en estrados, surgen los siguientes hechos no controvertidos:

1.- El amparado, se encuentra actualmente recluido en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de la ciudad de Valdivia, cumpliendo una pena de 5 años y un día de presidio menor en su grado mínimo, como autor de un delito de robo con intimidación.

2.- Que el recurrente de amparo, se encontraba haciendo uso del beneficio de salida de fin de semana, contemplado en el artículo 96 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

3.- Que la recurrida, a través de una resolución de fecha 29 de marzo de 2018, decidió suspender al recurrente el beneficio de salida de fin de semana, por haber cometido un presunto delito de lesiones con arma blanca.

4.- Dicha decisión se funda en lo informado por el oficial de Guardia Armada del Complejo Penitenciario y en una investigación interna de los antecedentes.

5.- Que la defensa del imputado pidió reconsideración de la medida con fecha 3 de mayo de 2019, la que fue resuelta, denegándosele lo solicitado, con fecha 7 de mayo de 2019, mediante ordinario 2194, del Jefe del Complejo Penitenciario.

Tercero: Que, la recurrente fundamenta su solicitud en lo dispuesto en el artículo 113 del Reglamento de Establecimientos Penitenciario, en cuanto señala que quienes ingresen detenidos, sujetos a prisión preventiva o condenados por un nuevo delito, mientras cumplían con algún beneficio de los establecidos en el artículo 96 de dicho Reglamento, les será revocado el permiso del que gozaban.

Cuarto: Que, Gendarmería de Chile funda su decisión en lo dispuesto en los artículos 98 y 99 del texto antes referido, en cuanto expresa que la concesión del beneficio de salida de fin de semana es una facultad privativa del Jefe del Establecimiento, que sólo puede concederse a internos que gocen con informe favorable del Consejo Técnico. Indica, además, que antes de renovar un permiso, se evaluará el uso que se haya hecho de la salida anterior.

Quinto: Que, para resolver sobre el presente recurso, se debe tener presente que la revocación de los beneficios intrapenitenciarios, tiene regulación especial en el artículo 113 del Decreto N° 518 de 1998, del Ministerio de Justicia. En dicho artículo se establecen de manera precisa, las razones por las que la imputación de un hecho punible, podrían afectar el uso y otorgamiento del beneficio.

Sexto: Que, conforme a lo informado por Gendarmería de Chile, el recurrente de amparo no se encuentra actualmente en ninguna de las hipótesis previstas por la norma referida, por lo que la privación del beneficio, en razón de la supuesta participación del recurrente en un hecho punible, resulta injustificada, ilegal e inconstitucional.

Séptimo: Que, la investigación interna, que fundamenta la decisión de la recurrida, no tiene elementos que puedan ser considerados indicios serios de su participación en el hecho, presuntamente delictivo que refiere, destacando el inicio por una supuesta noticia telefónica dada por Carabineros, que no fue ratificada con posterioridad, al informar que el recurrente no estuvo detenido, como inicialmente se informó por el cuerpo de Guardia. A su vez, la supuesta comunicación con el Ministerio Público, no reviste, por ahora, la objetividad y consistencia necesaria, para la adopción de una medida restrictiva de libertad.

Octavo: Que, de los antecedentes expuestos, es posible concluir, que la decisión de la recurrida, se dictó sin apego a lo dispuesto en el artículo 113 del Decreto 518, razón que hace necesario se acoja el presente recurso, teniendo en consideración, que las decisiones de la autoridad competente, en orden a restringir la libertad ambulatoria de la personas que se encuentran bajo su custodia haciendo uso de beneficios intrapenitenciarios, deben ser adoptadas de manera restrictiva y cuando concurren efectivamente las condiciones que la ley consagra para ello, por afectar garantías constitucionales si resultan contrarias a ellas.

Por lo expuesto y de conformidad a lo normado en los artículos 19 N° 7 y artículo 21 de la Carta Fundamental; 98 y 113 del Decreto 518, Reglamento de Establecimientos Penitenciarios , se declara que:

Se **ACOGE**, el amparo interpuesto por doña Marcela Tapia Silva, Defensora Penal Pública Penitenciaria, por el condenado S.R.S en contra del Consejo Técnico de GENDARMERIA DE CHILE, representado por el Alcaide del Complejo Penitenciario de Valdivia, debiendo en consecuencia la recurrida RESTITUIR el beneficio de salida de fin de semana del que gozaba el interno y mantenerlo mientras no se acrediten las circunstancias de revocación establecidas en el artículo 113 del Decreto 518.

Regístrese, comuníquese y archívese, en su oportunidad.

Redacción a cargo del Ministro Titular, señor Carlos Gutiérrez Zavala.

N°Amparo-34-2019.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Rol: 48-2019

Ruc:1900628545-K

Materia: Recurso de amparo

Defensora: Loreto Mondión Rodríguez

9. Acoge acción de amparo interpuesta por la defensa. Arresto decretado contra imputado adolescente según el art. 530 N°3 COT es desproporcionado a la luz de la normativa internacional y legal especializada en la materia ([CA Valdivia 21.06.2019 ROL 48-2019](#)).

Normas asociadas: CPR ART. 21; L20084 ART.45; L20084 ART.46; L20084 ART. 32; CDN ART.31; COT ART.530

Tema: Acción de amparo; Medidas disciplinarias contra adolescentes

Descriptor: Responsabilidad Penal Adolescente; Interés Superior del Niño; Libertad personal; Recurso de amparo

Magistrados: María Del Río Tapia; Mario Kompatzki Contreras; Juan Vidal Etcheverry

SINTESIS: Defensa interpone acción de amparo constitucional a favor del imputado adolescente L.M.S.G. Indica que el Juez de Garantía de Valdivia, don Fabián Duffau García, decidió imponer la medida disciplinaria de arresto por cuatro días, contemplada en el art. 530 N°3 COT, motivado por el mal comportamiento del imputado durante la audiencia de formalización. La Corte establece que los adolescentes constituyen un sujeto especial de protección para el ordenamiento jurídico y toda la actividad estatal ante el ilícito ha de ejecutarse sin desatender su interés superior. Así, siempre debe adoptarse aquella medida que asegura la máxima satisfacción de los derechos y la menor restricción de ellos (Considerando 3º). Tratándose de un adolescente infractor, debe primar una interpretación más favorable a su responsabilización y reinserción social, en concordancia con las normas internacionales y legales citadas. En concreto, la medida de arresto decretada aparece desproporcionada a la luz de la normativa que protege la dignidad de los adolescentes infractores de ley (Considerando 7º).

Texto íntegro:

Valdivia, veintiuno de junio de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Comparece doña Angélica Loreto Mondión Rodríguez, Defensora Penal Pública, por el adolescente Lleral Marcelo Sarabia Guerrero; quien se encuentra bajo la sanción de arresto en el Centro de Internación Provisoria (en adelante CIP-CRC Valdivia) e internación provisoria en causa Rit 3431- 2019, Ruc 1900628545-K, interpone Acción de Amparo en contra del Magistrado Usía Fabián Eduardo Duffau García, por vulnerar el derecho constitucional a la libertad personal y seguridad individual, establecido en el art. N 19 N°7 de la Constitución Política del Estado y artículo 21 de la Carta Política por la

imposición de medidas disciplinarias del Código Orgánico de Tribunales en audiencia del 12 de junio de 2019, esto es la amonestación, la multa y el arresto por 4 días.

Indica que el amparado es un adolescente de 17 años, imputado el 12 de junio de 2019, mi representado por el delito de robo con intimidación siendo formalizado y decretándose la internación del mismo en el Centro de Internación Provisoria de Valdivia, fijándose un plazo judicial de investigación de 80 días. Es del caso que mientras decretaba la medida de internación provisoria, el Juez de Garantía Usía Fabián Eduardo Duffau García, decidió imponer diversas medidas disciplinarias en contra de mi representado, comenzando por la amonestación, una multa, y terminando con un arresto por 4 días. (transcribe audios)

Alega como primera ilegalidad de la aplicación de las medidas señaladas, la vulneración al artículo 36 del Código Procesal Penal y 19 N° inciso sexto de la Constitución Política de la república, la falta de fundamentación, pues el Juez recurrido no dio ningún tipo de fundamento de hecho ni de derecho que permitiera el comprender, nunca se le explicó, dejando al arbitrio del juez la imposición de tales medidas y dejando al niño sin la posibilidad de saber por qué se le imponen tales sanciones disciplinarias. Solo a raíz de una reposición de la defensa, fundamenta la imposición de la medida disciplinaria de arresto, en virtud de las normas del artículo 292 del Código Procesal Penal, y el artículo 3 del Código Orgánico de Tribunales, sin señalar en ninguna parte de su resolución el artículo 530 de este último cuerpo legal. Además señala, se vulneran los artículos 27, 32, 45, 46, 47 de la ley 20.084, artículo 108 del reglamento de la ley 20.084, Convención sobre los Derechos del Niño, entre otras normas, pues la Imposición de la medida disciplinaria de arresto por 4 días, respecto de adolescentes por actuaciones realizadas en audiencias, no resulta compatible con la ley 20.084 y el sistema de juzgamiento especializado de adolescentes. Invoca jurisprudencia.

Agrega que respecto de adolescentes las únicas medidas disciplinarias que contempla el ordenamiento, se encuentran recogidas en primer lugar en la ley 20.084 en el artículo 45 y 46 de dicho cuerpo legal, y en segundo lugar en los artículos 104 y siguientes del reglamento de la mencionada ley, normas jurídicas que regulan el régimen disciplinario en los centros privados de libertad de adolescentes. Lo que viene a demostrar el carácter incompatible de estas sanciones disciplinarias por actuaciones en audiencias, con el juzgamiento especializado de adolescentes. También señala que existiría un quebrantamiento del interés superior del niño, invocando el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Observación General del Comité de Derechos del Niño N° 14 y vulneración del artículo 32 y 47 de la ley 20.084. El art.32 de la referida ley de responsabilidad penal adolescente que se titula medidas cautelares del procedimiento (penal), señala expresamente que la internación provisoria en un centro cerrado solo será procedente tratándose de conductas que de ser cometidas por una persona mayor constituirían un crimen. Es decir, se trata de delitos graves. Además, señala que solo debe aplicarse cuando los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal, no puedan cumplirse con otras medidas cautelares. En consecuencia, la privación de libertad de un menor es excepcional cuando este ha cometido un crimen y no es posible aplicar para la consecución de la finalidad perseguida ninguna otra medida cautelar e incluso una medida disciplinaria por supuestos desordenes cometidos en audiencia. Recordar, que estamos hablando de medidas cautelares, no de una sentencia que dicte una pena privativa de libertad la cual como se puede ver es la medida última que el juez debe adoptar en razón del interés superior del niño. Como consecuencia estas medidas disciplinarias aplicadas, en especial el arresto son claramente incompatibles con el régimen establecido en la ley 20.084, al vulnerar abiertamente normas legales, en este caso el 32 de la ley 20.084 y los principios en ella consagrados de excepcionalidad de la privación de libertad en las medidas cautelares.

Sostiene que permitir aplicar las medidas disciplinarias del artículo 530 del Código Orgánico de Tribunales en especial el arresto, es permitir que en cualquier tipo de audiencia a la que comparezcan niños, ya sea en Juzgados de Familia, Laborales, o Civiles, se puedan aplicar sanciones como el arresto, lo que es insostenible, todos motivos que demostrarían que la resolución dictada por el señor Juez de Garantía es ilegal y contraria al ordenamiento jurídico. En definitiva solicita se ponga fin al arresto de 4 días decretado y a la multa impuesta de 1 UTM.

Informando el recurso don Fabián Duffau García, Juez Titular del Juzgado de Garantía de Valdivia, haciendo presente que el arresto por incumplimiento de deberes procesales decretado contra Lleral Marcelo Sarabia Guerrero, no ha incurrido en ninguna ilegalidad ni arbitrariedad.

Precisa que en audiencia de control de detención realizada el día 12 de junio de 2019, el imputado adolescente Lleral Marcelo Sarabia Guerrero fue formalizado como autor de un delito de robo con violencia. Durante la audiencia, el adolescente de 17 años interrumpía continuamente y de forma agresiva la exposición de los intervinientes, pues tenía la intención de declarar su versión de los hechos. Tal actitud no es fácilmente apreciable en el registro de audio, pero resultó evidente en base a la inmediación, que es un elemento sustancial de la audiencia misma. Se le aclaró, al comienzo de la audiencia, que podía dirigirse al tribunal, pero que previamente debía consultarlo a su defensora (min. 2:56, pista 1). Con todo, insistía en interrumpir el normal desarrollo de la audiencia. Por ese motivo, en una primera ocasión, mientras fiscalía exponía los antecedentes para solicitar la internación provisoria en su contra, se resolvió: "Sr. Sarabia, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 3 y 530 del Código Orgánico de Tribunales, lo amonesto verbal e inmediatamente, esto es una sanción procesal; en caso que usted vuelva a interrumpir a la Sra. Fiscal en audiencia, lo voy a sancionar con una multa por incumplimiento a sus deberes procesales". (pista 3, min. 4:36- 4:51). La defensa no impugnó dicha resolución. Inmediatamente después, se le explicó que la defensa tendría oportunidad de debatir lo expuesto por fiscalía. En seguida, el imputado declaró en conformidad al artículo 98 del Código Procesal Penal.

Posteriormente, se dictó la resolución que decretó la internación provisoria. Mientras el tribunal resolvía la concurrencia de los literales a) y b) del artículo 140 del Código Procesal Penal, el adolescente se quejaba, insistía en seguir hablando fuertemente e impedía que la resolución fuera finalizada. En consecuencia, se resolvió: 'Sr., segunda advertencia; multa. (imputado pregunta si puede hablar) No, ya no. Después le voy a explicar lo que resolví, pero tiene que guardar silencio". (Pista 4, minutos 2:27-2:36"). Contra dicha orden, la defensa no recurrió. Una vez dictada la resolución (min.4:32), y en base a las instrucciones sobre lenguaje claro emitidas por la Excma. Corte Suprema, se le explicó al adolescente larga y claramente, de modo simple y directo, la razón por se decretó la internación provisoria (min 4:44- 5:27), así como su derecho a apelar de la resolución. Se fijó fecha de audiencia para revisar la internación provisoria, para el día 4 de julio de 2019. El imputado consultó si podía esperar hasta entonces en libertad, y el tribunal respondió que no. Insistió en su falta de autoría, lo que el tribunal volvió a explicarle, nuevamente de forma accesible y directa, la razón por la que se decretó la internación provisoria. A lo anterior, el imputado reaccionó de forma extremadamente violenta. Insultó en al menos dos ocasiones al suscrito, dio patadas al estrado, agredió a los gendarmes que le trasladaban y, a consecuencia de ello, así como de las resoluciones previas ya transcritas, se dictó la resolución que la defensa impugna mediante la que se

decretó el arresto por cuatro días del adolescente, en el CIP CRC de Valdivia. La defensa repuso, y el tribunal resolvió lo siguiente: "No se trata de una disposición del Código Penal ni del Código Procesal Penal, sino de una regla de aplicación general del Código Orgánico de Tribunales y aplicable en la especie entiende este tribunal de acuerdo al artículo 292 incisos 3o y 4o del C.P.P y 3 del Código Orgánico de Tribunales (11:40-00:56)". Posteriormente, en calabozos, el imputado agredió verbalmente a personal de Gendarmería de Chile y hubo de ser reducido mediante la utilización de gas pimienta. De la resolución impugnada y sus fundamentos. Aplicabilidad, a juicio del informante, de las normas generales previstas en el Código Orgánico de Tribunales sobre conducta procesal en audiencia los a imputados adolescentes.

La Ley No 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente creó, como sostiene la defensa del amparado, un sistema penal autónomo y distinto en sus fundamentos y consecuencias respecto al sistema penal de adultos. Así también, en el orden procesal penal la diferenciación tiene efectos claros a favor de los imputados adolescentes en un proceso penal como lo es, por ejemplo y según cierta jurisprudencia, la inadmisibilidad de la apelación verbal de la internación provisoria. Esa diferenciación ha sido reconocida explícitamente por la Excm. Corte Suprema, entre otros fallos, en causa rol N° 4119-2013.

Sin embargo, lo que ocurrió en la sala de audiencias el día 12 de junio de 2019 no tiene que ver con el aspecto penal de la causa, sino estrictamente con el ámbito procesal y los deberes que todo ciudadano o ciudadana debe cumplir ante un tribunal. Al respecto, los artículos 3, 248 y 530 del C.O.T. disponen: Art. 3o Los tribunales tienen, además, las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que a cada uno de ellos se asignan en los respectivos títulos de este Código. Art. 248. Para todos los efectos de este Código se entenderá que las referencias hechas a los jueces letrados o los jueces de juzgados de familia, los jueces de juzgados de letras del trabajo y de cobranza laboral y previsional, los jueces de juzgados de garantía y a los jueces de los tribunales de juicio oral en lo penal, salvo los casos en que la ley señale expresamente lo contrario. Art. 530. Los jueces de letras están autorizados para reprimir o castigar los abusos que se cometieren dentro de la sala de su despacho y mientras ejercen sus funciones de tales, con alguno de los medios siguientes: 1 o) Amonestación verbal e inmediata; 2o) Multa que no exceda de cuatro unidades tributarias mensuales, y 3o) Arresto que no exceda de cuatro días. Deberán emplear estos medios en el orden expresado y sólo podrán hacer uso del último en caso de ineficacia o insuficiencia de los primeros.

Las normas citadas, en tanto forman parte del Código Orgánico de Tribunales, resultan de aplicación general a todo procedimiento en el que intervenga un tribunal de la República, pues son lo que la doctrina ha denominado deberes procesales.

En efecto, un deber procesal constituye, según el diccionario jurídico de la R.A.E., "un conjunto de obligaciones impuestas por la ley o por el órgano judicial a las personas que intervienen en un proceso en relación con el mismo y con los demás sujetos que actúan en él". La doctrina, en tanto, sostiene: "se entiende la por "deber procesal", aquel imperativo legal establecido a favor de una adecuada realización del proceso, dirigido no tanto al interés individual de las partes como al interés de la comunidad, y cuya vulneración puede implicar, además de los efectos negativos anteriormente descritos, la imposición de una multa" (Picó i Junoy, Joan, El principio de la buena fe procesal, JB editores, 2003, pág. 117).

El aspecto de los deberes procesales que interesa destacar en este informe, es que, en la medida que se establecen para asegurar la normal realización del procedimiento, solo tienen relevancia si mantienen una sanción correlativa por su incumplimiento. Así la doctrina ha referido: "El respeto al órgano judicial impone la necesidad, frente a

elementales exigencias de orden, que toda actuación se cumpla dentro de un marco de respeto y compostura, de allí que la trasgresión a este deber sea sancionada por el juez en uso de sus poderes disciplinarios" (Londoño Jaramillo, Mabel; Deberes y Derechos Procesales en el Estado Social de Derecho, Rev. Opinión Jurídica, U. de Medellín,). En otras palabras, si no hay sanción, el deber procesal no es tal, sino una mera sugerencia. Y, valga precisarlo, la actuación del tribunal para evitar la infracción de los deberes procesales tienen fundamento en el imperio de que está revestido, prevenido en el artículo 76 de la Constitución Política de la República. En este sentido, el fundamento constitucional de la facultad disciplinaria ha sido reconocido por el Excmo. Tribunal Constitucional, al sostener: (...) Es del caso tener presente que, como se ha sentenciado (Rol No 783) la facultad disciplinaria es esencial a la prestación de un buen servicio judicial y, en este sentido, la vinculación entre facultades disciplinarias y económicas resulta evidente (...) Esta facultad disciplinaria, así consagrada en la Constitución y en la ley, está llamada a ejercerse. Tal ejercicio debe conformarse a la Constitución y a la ley (STC 16/11/2016)".

Luego, en caso de incumplimiento de deberes procesales no hay un reproche penal al imputado, sino uno netamente procesal, de modo que la presunta contradicción entre la Ley N° 20.084, la Convención Internacional de Derechos del Niño y el artículo 530 del C.O.T., es inexistente, pues todas esas normas regulan materias distintas. Siguiendo en este punto a Alf Ross, se concluye que no hay inconsistencia alguna, ya que las normas citadas tienen un campo de aplicación diferenciado. Dicho lo anterior, el deber procesal que subyace al artículo 530 del Código Orgánico de Tribunales, es el comportamiento mínimamente respetuoso en audiencia, ante un Tribunal.

Pues bien, dicha norma, en tanto regula la conducta procesal de las partes, no puede estimarse derogada tácitamente respecto a adolescentes, pues como antes se sostuvo, el deber procesal y la sanción por incumplirlo no están cubiertos por la Ley No 20.084, en tanto ésta sólo regula la responsabilidad penal y no la responsabilidad infraccional-procesal del imputado, ni prohibidos por Tratados Internacionales de D.D.H.H. , ya que lo que se busca con la sanción es asegurar la vigencia del deber procesal infringido.

Por el contrario, la tesis de la defensa llevaría a sostener que, en el derecho procesal penal chileno, los adolescentes no tienen deberes procesales y que, en consecuencia, ninguno de sus comportamientos en audiencia podría ser objeto de una sanción procesal. Agrega que la resolución impugnada se fundamentó en conformidad al artículo 36 del Código Procesal Penal. En cuanto a la fundamentación y duración de la sanción de arresto, esto es, arresto por cuatro días en lugar de 1, 2 o 3 como la defensa refiere, lo cierto es que la obligación de fundamentación fue debidamente cumplida por el Tribunal.

En efecto, no es posible obviar, como lo recurrente intenta hacerlo, que la resolución fue dictada en el transcurso de una audiencia, es decir, dentro de un debate donde fue precedida de dos resoluciones anteriores, ya transcritas, que se pronunciaban sobre el mismo punto y donde con meridana claridad se describió que el fundamento de la sanción procesal era, precisamente, el incumplimiento de los deberes procesales del imputado.

La primera de dichas resoluciones, fundamental para entender el transcurso de la audiencia y la resolución del tribunal, es del todo omitida en la acción de amparo. La razón de esa omisión es que, entendiendo que la audiencia es un momento procesal en que los pronunciamientos del tribunal no pueden ser aisladamente considerados a conveniencia de alguno de los intervinientes, la mentada resolución permite entender a cabalidad la razón del Tribunal para decretar el arresto, cumpliendo, en consecuencia y dado las circunstancias de la audiencia -esto es, un imputado agrediendo físicamente a

Gendarmería de Chile; pateando el estrado e insultando al tribunal- las exigencias del artículo 36 del Código Procesal Penal, máxime si la sanción procesal adoptada fue la necesaria dada la actitud del imputado que, valga reiterar, fue reducido por Gendarmería de Chile mediante el uso de la fuerza y gas pimienta. En conclusión, la sanción de arresto fue la consecuencia necesaria de la infracción reiterada y grave por parte del adolescente de su deber procesal de comportarse respetuosamente en audiencia, por la autoridad competente y precedida, como la norma exige, de sanciones procesales de menor entidad que fueron insuficientes para salvaguardar el cumplimiento del deber procesal infringido. Falta de tempestividad de la acción constitucional ejercida La resolución que decretó el arresto del adolescente Saravia fue dictada el día 12 de junio de 2019. Asimismo, fue informada al CIP-CRC de esta ciudad con la misma fecha (Oficio No 4.922-2019). De dicha resolución se dejó constancia además en el módulo de medidas cautelares, según actuación disponible en el SIAGJ, que es del siguiente tenor: "VIII. - Se decreta con fecha 12 de junio de 2019, la Internación provisional del imputado, en el Centro de Internación Provisoria de la Región de Los Ríos, que deberá cumplir a continuación del arresto decretado en su contra por cuatro días a partir de la misma fecha, a cumplirse en el citado Centro".

Así las cosas, dado que la sanción procesal de arresto comenzó el día 12 de junio de 2019, fue cumplida el día 15 del mismo mes y año, de tal modo que al momento de interponerse el recurso de amparo se encontraba cumplida, por lo que, en rigor, en ese entonces y ciertamente al día de hoy ya no existe ningún arresto decretado contra el amparado. En tal orden de ideas, el recurso de amparo ha perdido oportunidad, por haber cesado los efectos la actuación que lo originó. Todo lo anterior, sin perjuicio de entender este Tribunal que no ha obrado ilegal ni arbitrariamente, según lo expuesto en los No 2 y 3 de este informe.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de amparo, previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, es una acción constitucional, cuyo propósito consiste en obtener de los Tribunales Superiores de Justicia, una tutela eficaz y eficiente para salvaguardar la integridad del derecho que la doctrina ha denominado libertad individual, para evitar una afectación antijurídica del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual de cualquier persona, siendo precisamente la antijuridicidad de la conducta el comportamiento que la acción constitucional referida intenta solucionar o revertir.

SEGUNDO: Que, previo al análisis sobre el fondo de lo debatido, resulta útil consignar que la Ley N° 20.084 establece un sistema o régimen de responsabilidad de los adolescentes especial y diferenciado del de los adultos, que trata a los adolescentes infractores de acuerdo con su particular dignidad, cuidando fortalecer valores y su reintegración a la sociedad, teniendo en consideración su interés superior en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley No 20.084.

Así, el fin que persigue la sanción que se impone a un adolescente que ha cometido un hecho ilícito es obtener su plena integración social, conforme lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley No 20.084, en relación con el artículo 40 números 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que busca asegurar que los niños sean tratados de manera

apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción; con las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, que imponen a los Estados Partes la necesidad que asuman el compromiso de educar a los menores infractores, único medio que permite que se integren a la sociedad; y con el artículo 21.2 de las Reglas de Beijing, que persigue que los registros de menores delincuentes no se utilicen en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente.

TERCERO: Que, de lo anotado precedentemente, surge que los adolescentes constituyen un sujeto de especial protección para el ordenamiento jurídico, porque toda la actividad estatal ante el ilícito tiene en cuenta que ha de ejecutarse sin desatender su interés superior. Lo anterior, resulta relevante para resolver el presente amparo, pues los adolescentes infractores deben ser tratados de acuerdo con su particular dignidad, conforme lo dispuesto en el artículo 40.1 de la Convención sobre Derechos del Niño, aplicable en virtud de la norma de reenvío prevista en el artículo 5 inciso segundo de la Carta Fundamental.

Lo anterior debe complementarse con lo dispuesto en el artículo 3 de la referida Convención, que se consagra el principio de interés superior del niño, niña o adolescente, que ha sido entendido como la satisfacción integral de sus derechos, y cuya función primordial en sede judicial consiste en un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Así, siempre debe adoptarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa. Es decir, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

CUARTO: Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 530 del Código Orgánico de Tribunales, los jueces de letras están autorizados para reprimir o castigar los abusos que se cometieren dentro de la sala de su despacho y mientras ejercen sus funciones de tales, con alguno de los medios siguientes: 1º) Amonestación verbal e inmediata; 2º) Multa que no exceda de cuatro unidades tributarias mensuales, y 3º) Arresto que no exceda de cuatro días. Agrega el inciso segundo que deberán emplear estos medios en el orden expresado y sólo podrán hacer uso del último en caso de ineficacia o insuficiencia de los primeros.

QUINTO: Que, aquello que justifica la imposición de una medida disciplinaria es la constatación por parte del juez de un abuso que se cometa dentro de la sala de su despacho. Y ocurre que aquello es precisamente lo que el Juez del grado tuvo en consideración para decretar la orden de arresto. En efecto, en el registro de audio respectivo, consta que el Juez siguió el orden establecido en la ley para ejercer las facultades contempladas en el artículo 530 del Código Orgánico de Tribunales, con el objeto de mantener la disciplina y el orden en el desarrollo de la audiencia, resolución que, además, aparece debidamente fundada.

SEXTO: Que, no obstante lo expuesto, tratándose de un adolescente infractor, esta Corte es del parecer que debe primar una interpretación más favorable a su responsabilización

y reinserción social, en concordancia con las normas internacionales y legales descritas en los considerandos precedentes.

Concurre a favor de la conclusión precedente, que los artículos 9 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 N° 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, convergen en la idea de establecen la excepcionalidad de las medidas que implican la privación de la libertad personal, es decir, la utilización de la privación de libertad debe obedecer a una medida de última ratio.

SÉPTIMO: Que, conforme se ha venido razonando, la medida de arresto decretada para reprimir o castigar la falta o abuso cometida por el adolescente dentro de la sala de audiencia, constituye una privación de libertad que aparece desproporcionada a la luz de la normativa que protege la dignidad de los adolescentes infractores, en consonancia con su especial condición de seres humanos que, por no haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requieren de protección especial.

OCTAVO: Que, en las circunstancias antes indicadas, se acogerá el presente recurso de amparo por haberse afectado el derecho a la libertad personal del adolescente.

Por estas consideraciones, y visto además, lo establecido en los artículos 19 N° 7 y 21 de la Constitución Política de la República, se ACOGE el recurso de amparo interpuesto a favor de adolescente Lleral Marcelo Sarabia Guerrero y, en consecuencia, se deja sin efecto la orden de arresto por cuatro días y la multa decretada en su contra en audiencia de doce de junio de dos mil diecinueve, en causa RIT 3431-2019, RUC 1900628545-K del Juzgado de Garantía de Valdivia.

Acordado con el voto en contra del Abogado Integrante señor Juan Carlos Vidal Etcheverry, quien estuvo por rechazar la acción deducida, considerando que el recurso de amparo, previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, es una acción constitucional, cuyo propósito consiste en obtener de los Tribunales Superiores de Justicia, una tutela eficaz y eficiente para salvaguardar la integridad del derecho que la doctrina ha denominado libertad individual.

Que en el caso sublite, lo que se pretende por la recurrente es, se declare que las medidas disciplinarias impuestas por el juez recurrido son ilegales y en consecuencia atentatoria de derecho a la libertad personal y seguridad individual del adolescente, circunstancia en la que hace radicar la antijuridicidad de la conducta cuestionada.

Que preciso es establecer en forma previa que la naturaleza de las medidas aplicadas, sin perjuicio de su contenido material, no resultan ser una pena o sanción en el concepto de derecho penal y de legislación de adolescente.

Que asentado éste punto, se debe tener presente que las normas prestación del buen servicio judicial y de los deberes procesales de las partes, consagrada en las normas del artículo 530 del Código Orgánico de Tribunales, resulta de aplicación especial pues deriva de la facultad de imperio que consagra la Constitución Política de la República.

Que tal postura se ratifica pues la normativa aplicada por el recurrido no admite distinción alguna, y no pudiese estimarse además contraria a la legislación penal adolescente, precisamente porque su ámbito dice relación con aspectos ajenos al régimen punitivo que regula cuyo fin primario es la reinserción social. Al efecto, el comportamiento decoroso y

respetuoso no puede estimarse ajeno a la exigencia procesal de carácter general, resultando improcedente cualquier diferenciación al efecto, en tanto normativamente no existe.

Luego se debe tener presente que el artículo por el cual se ataca la resolución del juez se refiere a la ilegalidad, que como se ha expresado a juicio de este sentenciador no existe, como tampoco pudiere considerarse arbitraria, pues escuchados los audios respectivos, se constató que la conducta del adolescente es pertinaz, reiterada, y el recurrido efectuó las advertencias pertinentes, luego realizó la aplicación en el orden legal, debidamente fundamentadas y en la presencia de asistencia letrada especializada amparándose de esta forma todos los derechos y garantías del menor de edad. De ello se desprende que la resolución del Juez recurrido se encuentra dictada en uso de sus atribuciones legales y en concordancia con la normativa referida, debidamente fundada y proporcional, sin que pueda advertirse la existencia de la ilegalidad por la cual se recurre.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 60-2019

Ruc: 1700930620-K

Materia: Recurso de amparo

Defensora: Marcela Tapia Silva

10. Acoge recurso de amparo interpuesto por defensa penitenciaria. A falta de norma expresa, y según el principio *in dubio pro reo*, son procedentes los abonos heterogéneos, aun cuando deriven de excesos de tiempo cautelares de privación de libertad [\(CA Valdivia 17.07.2019, ROL 60-2019\)](#)

Norma asociada: CPP ART.348; CP ART.26; CPR ART.21

Tema: Procedencia de abono heterogéneo

Descriptor: Recurso de amparo; Abonos de tiempo de privación de libertad; Interpretación de la Ley penal; Ley penal favorable; Principio in dubio pro reo

Magistrados: Carlos Gutierrez Zavala, Luis Aedo Mora, Gloria Hidalgo Álvarez

SINTESIS: Defensora Penal Penitenciaria recurre de amparo en favor de R.Y.Y., condenado como autor del delito de hurto simple a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, por el Juzgado de Garantía de Valdivia. El recurso se presenta en contra de una resolución que rechazó la solicitud de la defensa tendiente al reconocimiento de abonos heterogéneos. El Tribunal de Alzada establece que la decisión del sentenciador importa una expresión de ilegalidad, puesto que ha incorporado a las normas citadas un requisito que ellas no contemplan y que su aceptación constituiría una vulneración del principio de interpretación restrictiva de la Ley Penal y Procesal Penal. Complementariamente, señala que existe un escenario jurisprudencial evolutivo sobre esta materia, en orden a aceptar estos abonos heterogéneos, teniendo como principal fundamento el objetivo global de la Reforma Procesal Penal, cual es la maximización de las garantías en materia de derechos fundamentales, con especial énfasis en algunos principios, entre los que se cuenta el de in dubio pro reo. Se acoge la acción constitucional de autos (Considerando 4º, 5º, 6º, 7º, 8º).

Texto íntegro.

Valdivia, diecisiete de julio de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Comparece doña Marcela Tapia Silva, abogada, Defensora Penal Penitenciaria, quien recurre de amparo en favor de Rodrigo Yáñez Yáñez, R.U.N. N° 16.025.052-6, condenado en causa R.I.T. N° 4340-2018 del Juzgado de Garantía de Valdivia, a la pena de 61 días

de presidio menor en su grado mínimo, como autor del delito de hurto simple, actualmente interno en el Complejo Penitenciario de Valdivia.

El recurso se presenta en contra de una resolución de fecha 3 de julio del presente año, que rechazó su solicitud tendiente al reconocimiento de abonos heterogéneos, en particular, provenientes de un saldo de 122 días en que el amparado habría permanecido privado de libertad, sujeto a las medidas cautelares de prisión preventiva y arresto domiciliario total, con ocasión de la causa R.I.T. N° 62-2017 del mismo Juzgado de Garantía.

Al respecto, la recurrente, en síntesis, señala que el amparado se mantuvo sujeto a prisión preventiva y arresto domiciliario total por un total de 243 días, abonos que fueron considerados en la causa R.I.T. N° 62-2017 del Juzgado de Garantía de Valdivia, en la cual por sentencia firme fue condenado a una pena de 100 días de privación de libertad, la que se tuvo por cumplida. Añade que, posteriormente, al señor Yáñez Yáñez, atendido el saldo que restaba a su favor por 143 días, se le consideró parte de él para el efecto de dar por cumplida la condena impuesta, esta vez en causa R.I.T. N° 669-2014 del Juzgado de Garantía de Osorno, quedándole consecuentemente un tiempo de abono de 122 días aún vigente, pretendido por la recurrente sea considerado ahora en la causa R.I.T. N° 4340-2018 del Juzgado de Garantía de Valdivia, dándole por cumplida la aludida pena de 61 días.

Señala que en ese contexto el referido Juzgado de Garantía fijó audiencia para el día 3 de julio del presente año, a fin de discutir los abonos de su representado, en cuyo marco el Tribunal rechazó su petición, argumentando que en nuestra legislación no se encontraba contemplado el abono heterogéneo, es decir, el abono emanado de causa diversa. Agrega que el Tribunal habría fundamentado su rechazo esencialmente en que: 1) El artículo 26 del Código Penal establece que la duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del imputado, pero esa disposición es sobre la base del abono acumulado en la misma causa en la cual se generó, lo anterior fundamentalmente amparado en el artículo 20 del Código Penal, que establece que no se reputan penas, entre otras, la detención y prisión preventiva u otras cautelares personales que afecten al sentenciado. Una vez que se dicta sentencia condenatoria, excepcionalmente ésta se contabiliza desde la fecha en que el imputado estuvo privado de libertad en calidad de detenido, preso preventivo o sujeto a otra cautelar personal. En consecuencia, por no reputarse penas esas privaciones de libertad, al dictarse sentencia condenatoria sólo en la misma causa pueden imputarse las cautelares padecidas, mas no para efectos de un proceso diverso, más aún si en el artículo 348 del Código Procesal Penal, al que alude la defensa, se hace referencia expresamente al abono, pero referido a aquél que se generó en la misma causa, no en una distinta; 2) Tanto en la Constitución Política de la República, como en la Ley Orgánica del Ministerio Público se establecen indemnizaciones por error judicial y por error en la investigación fiscal a favor de los sentenciados, siendo ese el camino idóneo para ejercer los respectivos derechos; por tanto, ésta no sería la vía apropiada para hacerlos valer; Y 3) Que para efectos de poder considerarse, aún si se diera el caso, un abono heterogéneo, éste debiere ser al menos cercano en el tiempo, a fin de no generar los efectos perniciosos que pudiera acarrear dicha situación. En el caso concreto, razona que en la causa R.I.T. N° 62-2017, los hechos que originaron dicha condena datan del 11 de enero de 2017 y la condena es del 9 de marzo de 2018, mientras en la causa R.I.T. N°4340-2018, respecto de la cual se solicita el abono, la sentencia es de fecha 16 de octubre de 2018 y los hechos, de fecha 19 de junio de 2018, es decir, ambos, tanto la sentencia como los hechos de esta última son generados con posterioridad a los de la primera; de esta forma, concluye que efectuar

el abono generaría un doble efecto pernicioso, ya que, por un lado, incentivaría a la comisión de ilícitos, pues los sentenciados teniendo a la vista que poseen un saldo que pudiera ser usado en el futuro, podrían ser motivados a cometer otros delitos bajo la consideración que la pena que arriesgan por estos podría estar ya cumplida, añadiendo, por otro y de contrario, que respecto de aquellos que no cometan nuevo delito surgiría un abono que, en definitiva, nunca ocuparían, lo cual engendraría una situación de injusticia que les afectaría.

La Defensa sustenta su arbitrio constitucional, argumentando que el artículo 26 dispone que la duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del imputado, esto es, el Legislador ha manifestado claramente que si se impone una pena temporal a una persona, se debe incluir en el cálculo correspondiente aquel período que ha sido privado de su libertad en virtud de una causa penal. Agrega que el trasfondo de esta norma estaría en que se busca evitar que existan privaciones de libertad personal de carácter innecesario, injusto o desproporcionado, situación que no se entendería en un Estado de Derecho. Por tanto, dicho artículo contemplaría la posibilidad de abonar al cumplimiento de una pena temporal aquel periodo de tiempo que una persona fue privada o restringida de su libertad en virtud de una medida cautelar en cualquier causa.

Por otra parte, el artículo 348 del Código Procesal Penal desarrolla la idea antes mencionada y viene en establecer el mecanismo eficaz para que las privaciones de libertad tengan su razón de ser en un Estado respetuoso de los derechos fundamentales, específicamente la libertad personal. Por un lado, prescribe en su inciso primero que la sentencia condenatoria deberá establecer la pena que una persona deba cumplir y se pronunciará sobre la eventual concesión de alguna de las medidas alternativas o penas sustitutivas conforme la Ley N°18.216, mientras en su inciso segundo estatuye que en los casos que se impongan penas temporales se debe cumplir lo siguiente: 1° Se debe expresar con precisión el día desde el cual empezará a contarse la condena; 2° Si es que procede, se debe fijar el período que la persona se ha visto privada o restringida de su libertad personal, ya sea por haberse decretado la medida cautelar de prisión preventiva o el arresto domiciliario en su contra; Y 3° Se debe abonar el lapso antes computado al tiempo de cumplimiento efectivo de la pena temporal. Así, infiere que si una persona es condenada, es procedente abonar el tiempo que se ha visto privada de libertad producto de una medida cautelar personal de prisión preventiva o arresto domiciliario, sin hacer distinciones.

Añade que la doctrina relativa al abono de prisión preventiva a causa diversa se hace procedente por aplicación de la correcta interpretación de los artículos 26 del Código Penal y 348 del Código Procesal Penal y que cualquier restricción a ese abono que vaya más allá del límite obvio e inherente, consistente en que un mismo período de aquél no puede ocuparse más de una vez, contradice el texto legal y sólo se explicaría como un homenaje fuera de lugar al superado artículo 503 (531) Código de Procedimiento Penal de 1906, o como traspaso indebido de restricciones propias del derecho comparado desconocidas por nuestro derecho.

Refuerza su posición, igualmente, con la idea que la jurisprudencia ha manifestado que la problemática del abono en causa diversa no ha sido resuelta expresamente por la

legislación, por lo que el juzgador debe recurrir a los principios generales de derecho y al sentido de la legislación nacional e internacional, tales como el principio “in dubio pro reo”.

Finalmente, argumenta que el juez recurrido ha invocado motivaciones que no encuentran fundamento en la legislación vigente ni en los principios generales de derecho, sino que su basamento arranca de otro tipo de consideraciones, más bien extra jurisdiccionales, cuando apunta a los efectos supuestamente perniciosos que podría ocasionar el abono, con lo que estaría haciendo descansar su decisión en razonamientos de otra índole, que escapan a su control y a su función.

Culmina pidiendo, en definitiva, que se revoque la resolución de fecha 3 de julio del presente año y, en su lugar, se acoja el abono solicitado, dando por cumplida la pena de 61 días de presidio menor en su mínimo, impuesta en causa R.I.T. N° 4340-2018, ordenando oficiar dicha resolución al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Valdivia, para los efectos administrativos respectivos.

A su turno, informó el magistrado, don Carlos Acosta Villegas, Juez del Juzgado de Garantía de Valdivia, en el sentido que en audiencia del día 3 del presente mes y año se abrió debate ante la solicitud de la defensa de abono heterogéneo. Señala que en dicha audiencia se resolvió no hacer lugar a la petición de la defensa, conforme a los argumentos plasmados en la misma resolución impugnada, la que, en lo pertinente, reproduce al evacuar su informe.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de amparo es una acción constitucional prevista en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, cuyo propósito consiste en la obtención por parte de los Tribunales Superiores de Justicia de una tutela eficaz y eficiente para salvaguardar la integridad del derecho a la libertad personal y seguridad individual.

Por consiguiente, al conocer de un recurso de amparo, se erige en deber constitucional para esta Corte adoptar, en forma inmediata, las providencias necesarias destinadas a asegurar el debido resguardo ante una acción u omisión arbitraria o ilegal, que importe una privación, perturbación o amenaza, sea a la libertad personal del ciudadano, o bien, a su seguridad individual, resultando presupuesto indispensable de este arbitrio el establecimiento de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a la ley, según el concepto contenido en el artículo 1o del Código Civil, o arbitrario, es decir, que sea producto del mero capricho de quien incurre en él, suscitando alguna de las situaciones o efectos supra detalladas y que ven comprometidas las particulares garantías expresadas.

SEGUNDO: Que, en lo atinente al tópico específico que ocupa a esta sede jurisdiccional, debe de entrada sostenerse que en nuestro ordenamiento jurídico actual no existe norma expresa que de modo directo regule los denominados abonos heterogéneos de los cuales trata la doctrina, es decir, de aquéllos derivados de causas diversas, sea por haber terminado éstas en absolución, sobreseimiento definitivo o, como en la especie se trata, de excesos de tiempo cautelar de privación de libertad a título preventivo confrontados con la sanción definitiva aplicada en el respectivo proceso; como para ser validado ese

saldo de lapso en una causa distinta en que también se ha impuesto una condena de cárcel.

En efecto, sólo se cuenta de modo central con dos preceptos que pueden ilustrar el parecer de quien (es) debe (n) juzgar, esto es, el inciso segundo del artículo 348 del Código Procesal Penal, que dispone: *“La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención, prisión preventiva y privación de libertad impuesta en conformidad a la letra a) del artículo 155 que deberá servir de abono para su cumplimiento. Para estos efectos, se abonará a la pena impuesta un día por cada día completo, o fracción igual o superior a doce horas, de dichas medidas cautelares que hubiere cumplido el condenado”*. Dicha disposición, a su vez, debe relacionarse con lo normado en el artículo 26 del Código Penal, en cuanto ordena que: *“La duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del imputado”*.

TERCERO: Que, en relación a este punto, de igual forma ha solido traerse a colación el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, que recoge una regla enmarcada en lo que se ha solido identificar como unificación de condenas, la cual, no obstante, ha ido perdiendo consistencia como fundamento en la actualidad, de suerte que sus supuestos jurídicos no pueden ser satisfechos en esta índole de solicitudes, desde el momento que, por una parte, en el sistema procesal penal vigente la eventual acumulación procesal es de resorte facultativo del Ministerio Público, lo que se condice con su exclusividad en la dirección de la investigación y en el ejercicio de la consecuente acción persecutora; seguidamente, atendido que este instituto benéfico contemplado en el Estatuto Orgánico para el sentenciado descansa sobre la base de una adecuación de penas, mas no de abono de tiempo proveniente de medidas cautelares y, por último, ante el riesgo cierto de vulneración del efecto de cosa juzgada, si se tratase de adecuar penas en sentencias ya ejecutoriadas.

Es más, el requisito de temporalidad que se hizo de rigor por un tiempo para acceder a este tipo de peticiones, en cuanto se tratase de procesos que pudieron tramitarse conjuntamente, atendidas las circunstancias, también ha ido decayendo inclusive a nivel jurisprudencial, bastando al efecto traer a colación el reciente fallo dictado por la Excm. Corte Suprema, recaído en Rol N°7-2019, de 8 de enero recién pasado.

CUARTO: Que, de esta manera, reconocida es la realidad de un escenario jurisprudencial evolutivo sobre esta materia, enriquecido por diversos fallos de Tribunales Superiores de Justicia que de manera bastante uniforme, en todo caso, han tendido en el último tiempo a la aceptación de estos abonos heterogéneos, teniendo por fundamento principal que el objetivo global de la Reforma Procesal Penal comprende una maximización de las garantías en materia de derechos fundamentales frente al “ius puniendi” estatal, con especial énfasis en diversos principios, entre los que se cuenta el de “in dubio pro reo”, con incidencia tanto en lo procesal como a la hora de la interpretación de la ley, entre cuyos criterios está el que afirma que en caso de duda se debe resolver a favor del acusado o en sentido favorable al imputado (Sergio Politoff, Derecho Penal, Tomo I, pág. 133).

QUINTO: Que, bajo esa directriz orientadora, asentada en el deber del juzgador de cumplir su mandato inexcusable de decidir la cuestión planteada, inclusive a falta de texto expreso, recurriendo a los principios generales del derecho y al sentido general de la legislación nacional e internacional, puede sostenerse, a partir de la sola lectura de las

normas transliteradas en la segunda motivación de esta sentencia (artículo 26 del Código Penal y 348 del Código Procesal Penal), que si bien aquéllas no autorizan expresamente la imputación de abonos de tiempo de privación de libertad anteriores y provenientes de otros procesos, tampoco los prohíben, sin haber efectuado el Legislador distingo alguno en tales preceptos.

En complemento, la innegable interpretación estricta que informa la normativa de este rubro jurídico sancionatorio, así como la proscripción de la analogía, cobran vigencia en tanto digan relación con preceptos que involucren la restricción de derechos fundamentales, mas no en cuanto redunden en la ampliación del alcance de los mismos, conforme a aceptada regla de hermenéutica constitucional, como lo son para este caso los efectos favorables que pudieran ser asociados a un abono proveniente de cualquier forma de apremio o privación de libertad pretérita, como ocurre con el pretendido por el amparado, lo que guarda armonía con la garantía de libertad personal reconocida en el artículo 19 N°7 de la Constitución Política de la República y con la norma del inciso segundo del artículo 5° del Código Procesal Penal, que prevé: *“Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes. Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.”*

SEXTO: Que, refuerza ese enfoque la reflexión vinculada a que si el padecimiento de privación temporal de libertad resulta ser injustificada, como en este caso, en que el afectado por medidas cautelares de prisión preventiva y arresto domiciliario total, con ocasión de la causa R.I.T. N° 62-2017 del Juzgado de Garantía de Valdivia, aun cuando fuera condenado por los cargos que se le atribuyeron, lo fue empero en menor medida que el lapso de encierro preventivo acumulado, no puede exigírsele que simplemente se resigne a su pérdida, dada la franca injusticia que derivó de un exceso en el ejercicio de esta especie de anticipado “ius puniendi” del Estado; no advirtiéndose que se esté enfrente de una modalidad de carga ciudadana, que cada persona deba necesariamente estar dispuesta a soportar ante la desproporción, máxime si, después de ello y dentro de los plazos de prescripción, deba cumplir otra condena privativa de libertad a la cual podría servir de imputación ese periodo sobrante de vigencia cautelar no utilizado.

Lo anterior no se vislumbra sustancialmente disímil de las situaciones culminadas en absolucón o sobreseimiento definitivo precedentes, como se ha representado por la Fiscalía Local, dado que tanto en éstas como en la de tiempo excesivo en análisis lo que se halla presente sin variaciones es una privación de libertad que ha gravado gratuita, pero indebidamente a un individuo, afectándole en su derecho fundamental a la libertad personal.

SÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, así como no se ha apreciado lógico en la jurisprudencia que para alcanzar la reparación de la mentada injusticia, el afectado, quien fuera antes sobreseído definitivamente o absuelto, sólo tenga como remedio sistémico procurar la obtención -a su costa- de la declaración prevista en el artículo 19 N° 7 letra i) de la Carta Fundamental, emprendiendo posteriormente la tramitación de un juicio sumario mediante el cual pueda conseguir una indemnización; menos aún se observa

racional como solución para quien en los hechos adolece de ese mecanismo, por no encontrarse siquiera ante el presupuesto normativo correspondiente (al haber sido condenado, pero por menor tiempo al de la vigencia de la cautelar personal), de modo que sólo le restaría este único camino para alcanzar de parte del Estado una respuesta de corte compensatorio.

OCTAVO: Que, como corolario de lo razonado, al haberse decidido por el juez recurrido que en la especie no procedía la imputación de abonos procedentes de saldos de cautelares personales copiados en causa diversa, ha incurrido en una expresión de ilegalidad, puesto que ha incorporado a los citados preceptos en examen un requisito que estos no contemplaban y que no es posible de aceptar sin incurrir en indeseable vulneración del principio rector de interpretación restrictiva de la ley penal y procesal penal, en cuanto mediante ella se ha afectado una garantía constitucional del sentenciado, que, por el contrario, como todo derecho fundamental debe ser siempre analizado a la luz de una interpretación extensiva para posibilitar su efectiva vigencia; motivo por el que habrá de prestarse acogida al arbitrio intentado.

NOVENO: Que, por último, no conspira contra lo razonado la inferencia de índole criminológica que el Juzgador deja establecida como obstáculo para reconocer el abono heterogéneo en análisis, toda vez que ello, si bien resulta próximo al efecto preventivo que suele asignarse a la pena, dentro de alguna de las vertientes de la teoría relativa a sus fines, no logra explicar satisfactoriamente de qué modo se produciría un incentivo delictivo en un individuo, si se tiene en cuenta que racionalmente nadie, incluido el que cuenta con un saldo a favor, delinque pensando en la eventual sanción que deberá afrontar a consecuencia de su acometimiento, sino más bien confiando en no ser descubierto ni menos capturado luego de la perpetración del correspondiente hecho ilícito. Por estos razonamientos y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, SE REVOCA la resolución apelada de tres de julio de dos mil diecinueve y, en su lugar, se declara que se acoge la acción constitucional de autos, disponiendo, en consecuencia, que se abone a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, que se ha impuesto al amparado, Rodrigo Yáñez Yáñez, R.U.N. N° 16.025.052-6, en causa R.I.T. N°4340-2018 del Juzgado de Garantía de Valdivia, el tiempo equivalente que permaneció privado de libertad en los autos R.I.T. N° 62-2017 del mismo Juzgado de Garantía, sometido a prisión preventiva y arresto domiciliario total, por haberse tratado de una causa en la que fue condenado a pena inferior al abono acumulado a título de las aludidas cautelares personales; debiendo comunicarse esta decisión al tribunal recurrido y a la unidad pertinente de Gendarmería de Chile.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Rol: 72-2019

Materia: Recurso de Amparo

Defensor: Pablo Ardouin Bórquez

11. Rechaza recurso de amparo interpuesto por Defensoría Penal Pública. Las conductas señaladas como vulneratorias de derechos fundamentales encuentran justificación en el contexto de alteración del orden y la convivencia del establecimiento penitenciario y se ajustan a las facultades legalmente concedidas a Gendarmería de Chile ([CA de Valdivia 26.09.2019 ROL 72- 2019](#)).

Normas asociadas: DS518 ART.2; DS518 ART.6; DS518 ART.27 bis; DL2859 ART.15; CPR ART.19Nº1; CPR ART.19Nº7

Tema: Allanamiento y registro intrapenitenciario

Descriptor: Recurso de amparo; Dignidad humana; Tratos crueles, inhumanos o degradantes; Libertad personal

Magistrados: Juan Correa Rosado; Carlos Gutierrez Zavala; Mauricio Fehrmann Miranda

SÍNTESIS: Defensa interpone recurso de amparo a favor de todos los internos habitantes del módulo N°12 del Complejo Penal Penitenciario de Valdivia, en contra de Gendarmería de Chile. Indica que los internos pertenecientes a dicha unidad fueron sometidos a un procedimiento de registro y allanamiento que incluyó desnudamientos parciales, para posteriormente ser trasladados a dependencias ubicadas al exterior del módulo, donde fueron mantenidos a la intemperie bajo duras condiciones climáticas sin vestimentas apropiadas por un tiempo aproximado de 4 horas, dejándolos sin alimentación durante toda la tarde. En suma, solicita que se declare la ilegalidad de las citadas actuaciones y se adopten las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la tutela de los derechos fundamentales vulnerados. El Tribunal de Alzada establece que, considerando las circunstancias detalladas, los derechos de que gozan los internos fueron restringidos excepcionalmente como consecuencia de alteraciones en el orden y la convivencia del establecimiento penitenciario, donde la reacción de la autoridad penitenciaria fue proporcional al desorden reconocido (Considerando 6º).

Texto Íntegro

Valdivia, veintiséis de septiembre de dos mil diecinueve.

Visto:

El señor Pablo Ardouin Bórquez, Jefe de Estudios de la Defensoría Penal en la Región de Los Ríos, interpuso recurso de amparo a favor de todos los internos habitantes del módulo N° 12, del Complejo Penal Penitenciario de Valdivia, en especial los internos señores José Florentino Fonseca Fonseca, Humberto Herrera Vera y Juan Loiza Moraga,

en contra de Gendarmería de Chile, Complejo Penitenciario de Valdivia, institución representada por el Director Regional de la Región de los Ríos señor Juan Navarrete Candia, por vulnerar el derecho constitucional a la libertad personal y seguridad individual, del artículo N° 19 N°7 de la Constitución Política de la República.

Indica que el miércoles 21 de agosto de 2019, a eso de las 16:30 horas, Gendarmería de Chile realizó un procedimiento de registro y allanamiento al interior del módulo N° 12 al término de la jornada de visita de familiares, revisó celdas y pertenencias personales de los internos, a algunos les pidieron desnudarse en la parte inferior de su cuerpo. Posteriormente fueron trasladados a dependencias ubicadas al exterior del módulo, cerca de la guardia interna, donde fueron mantenidos todos los habitantes de dicho modulo a la intemperie, bajo la justificación de que se debían constatar lesiones de todos ellos, pasando de a uno a enfermería de dicho complejo penitenciario, todo se realizó hasta más allá las 20:00 horas del mismo día, dejándolos sin ningún tipo de alimentación durante toda la tarde. El 24 de agosto concurrió el juez a dependencias del Centro Penitenciario Llancahue de Valdivia, y los internos hicieron un reclamo verbal, sin una respuesta acorde, por lo cual formalizan sus reclamos por presentación escrita ante el Juzgado de Garantía de Los Lagos por parte de los internos José Fonseca Fonseca, Humberto Herrera Vera, Juan Loaiza Moraga los cuales en sus relatos escritos aseguran que estos tratos se repiten habitualmente y que vulneran sus derechos de privacidad e intimidad, lo que llevó a que 21 internos del módulo afectado iniciaran huelga de hambre el día 31 de agosto pasado, hechos registrados en cámaras de seguridad del recinto, que se negaron a exhibir.

Afirma que la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales aseguran el derecho a la seguridad individual, el derecho al respeto de la dignidad humana y el derecho a no ser torturado y maltratado. La acción de amparo es el medio jurídico por excelencia destinado a proteger la seguridad individual, ello por cuanto, “más que un derecho a gozar de la libertad personal, lo que hay verdaderamente es un derecho a que las privaciones o perturbaciones de ésta se realicen de acuerdo a lo que prescriben la Constitución y las leyes.”. En eso consiste la seguridad individual y es el bien jurídico afectado por el actuar de Gendarmería y que a través de esta acción constitucional se denuncia. Invoca artículo 19 N°1 el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas y la prohibición de aplicación de todo apremio ilegítimo como lo indica la Convención contra la Tortura en su artículo 2.3; el artículo 19 N° 7° el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual en relación con el artículo 7° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Sostiene que los hechos descritos constituyen una afectación a la libertad personal y seguridad individual más allá de lo razonable, exponiendo y aumentando considerablemente el riesgo a que se realicen conjuntamente la vulneración y conculcación de otros derechos igualmente importantes, tales como la integridad física y psíquica.

Añade que la actuación descrita es atentatoria de la ley, de la Constitución y de los Tratados Internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes. Indica que el Complejo Penitenciario de Valdivia es un establecimiento concesionado, administrado por Gendarmería de Chile, servicio público dependiente del Ministerio de Justicia y como

órgano del Estado, el actuar de Gendarmería está regido por el artículo 6° de la Constitución Política; y regirse por la Ley Orgánica que la regula.

El Decreto Supremo N° 518, de 1998, del Ministerio de Justicia, en su artículo 2° establece que el principio rector de dicha actividad será que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres, siendo su única restricción la privación de libertad propiamente tal. Luego el inciso 1o de su artículo 6o expresa, que: “Ningún interno será sometido a torturas, a tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra u obra, ni será objeto de rigor innecesario en la aplicación de las normas del presente Reglamento”. Conjuntamente invoca el artículo 10 y 25 del mismo cuerpo legal. A su vez el artículo 15 de la Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería, DL No 2.859, dispone: “El personal de Gendarmería deberá otorgar a cada persona bajo su cuidado un trato digno propio de su condición humana. Cualquier trato vejatorio o abuso de autoridad será debidamente sancionado conforme a las leyes y reglamentos vigentes”.

Todo ello hace concluir el actuar del recurrido se aparta de la legalidad vigente y excede el ámbito de atribuciones que le ha sido conferido. Así en cuanto al procedimiento de allanamiento no se ajusta al propio Reglamento Penitenciario al solicitarles a los internos desnudamientos parciales y posteriormente tenerlos en una situación de espera, expuestos al clima de esta zona del país hasta más allá de las 20:00 horas, sumado a la falta de alimentación proporcionada por parte de la Administración Penitenciaria. No se justifica la extensión horaria desde las 16:30 horas hasta las 20:30 horas del mismo día, ni la solicitud del retiro parcial de sus vestimentas para revisiones después de las visitas. Se trata de una acción de trato vejatorio e injustificado, pues el procedimiento de registro se efectúa sin motivos aparentes, hecho prohibido por el artículo 27 bis inciso 2° y final del Reglamento de Establecimiento Penitenciarios.

Señala que se trata de actos de tortura de acuerdo al artículo 1° y 16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, inclusive en el evento de estimar que los vejámenes denunciados no constituyen tortura, si constituyen tratos inhumanos y degradantes que han de ser proscritos por nuestra institucionalidad, máxime cuando son funcionarios públicos quienes los imparten. Reitera lo expuesto en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 7 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU, Regla 31.

Solicita se adopten las siguientes medidas:

a) Se declare la ilegalidad de los actos a que fueron sometidos los internos del módulo 12, esto es, en especial el someterlos a un encierro fuera de su módulo, expuestos al frío, y sin alimentación hasta las 20:30 horas del día 21 de agosto de 2019.

b) Se declaren infringidos los derechos constitucionales a la libertad personal y a la seguridad individual, del artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República.

c) Que, como consecuencia de lo anterior, se adopten las medidas necesarias dirigidas a restablecer el imperio del derecho y asegurar la tutela de todos los derechos fundamentales violados, poniendo fin a los actos ilegales descritos con antelación respecto de cada uno de los afectados.

d) Se impartan instrucciones a Gendarmería de Chile, dotación del CP de Valdivia, a fin de que tanto sus protocolos de actuación como sus actuaciones se adecúen a lo establecido en las leyes, en la Constitución Política del Estado y en los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente a lo dispuesto en la Convención contra la Tortura.

e) Se ordene a Gendarmería de Chile que instruya las investigaciones y/o sumarios internos respectivos que permitan dilucidar las responsabilidades administrativas involucradas y adoptar las medidas necesarias para impedir que se repitan actos que importen atentados a la libertad personal y a la seguridad individual.

f) Se ordene a Gendarmería de Chile remitir copia de los resultados de las investigaciones y/o sumarios administrativos a esta Corte y se remitan al Ministerio Público todos los antecedentes relativos a estos hechos.

Informando al tenor del recurso el señor Director Regional de Gendarmería de Chile, Región de Los Ríos señala que de acuerdo a las atribuciones, competencias y responsabilidades de la Administración Penitenciaria Local y con estricto apego a las leyes, reglamentos, normas y derechos fundamentales sostiene que las denuncias presentadas obedecen a acciones protagonizadas por los privados de libertad habitantes de los módulos 11 y 12, en cuanto a iniciar huelga de hambre masiva, que fue articulada por un grupo de imputados que están descontentos con los procedimientos de registro que efectúa el personal de Gendarmería de Chile, los que son procedimientos estandarizados a nivel institucional, en los que se incauta una gran cantidad de elementos prohibidos ingresados por el método del denominado "PELOTAZO" que consiste en lanzamientos de pelotas con elementos prohibidos, efectuados por ciudadanos desde el exterior del recinto penal, o que ingresan elementos prohibidos por medio de los familiares que les visitan, personas que ocultan elementos entre sus ropas.

Acompaña una recopilación de los procedimientos de registro y allanamientos a los módulos 11 y 12 de imputados desde Enero del presente año a la fecha, extraídos de la Plataforma Institucional correspondiente al Sistema de Registro y Gestión de Eventos Penitenciarios, respaldados mediante cámaras de vigilancia que se encuentran a disposición en el disco Duro de la Oficina de Seguridad Interna. Indica que mediante la revisión de los respaldos se puede verificar que no hubo un desprendimiento de ropas que haya sido forzado y ejecutado por funcionarios de Gendarmería, no hubo una exigencia de desnudamiento ni amenaza de sanciones o golpes inmediatos.

Afirma que el 21 de agosto pasado se efectuaron procedimientos de Registro y Allanamiento en módulos de imputados, específicamente al interior del módulo No 12. Añade que en el Parte denuncia al Ministerio Público No 437 de 21 de agosto de 2019 indica que el "21 de agosto de 2019 a las 16:38 horas, se realiza un procedimiento de registro y allanamiento preventivo en el módulo No 12 del Complejo Penitenciario de Valdivia, liderado por el jefe interno mayor de Gendarmería don Fernando Sanhueza Ocares, personal disponible de guardia interna y funcionarios del Grupo de Apoyo y Reacción Primaria (G.A.R.P.) todo a raíz que el Gendarme 2° Edgardo Sánchez Parra, informó que al momento que los funcionarios del módulo estaban efectuando una ronda de inspección por el módulo No 11, el Gendarme Sánchez, desde la guardia de módulo sorprendió al interno Abel Hermosilla Contreras, C.I. No 16.879.027-9, bloqueando la reja

de acceso, dando cuenta de la novedad al jefe de módulo y posteriormente al jefe interno. Indica que en el procedimiento de contención la totalidad de imputados se negaron a someterse, profiriendo improperios al personal, por lo cual el jefe interno les reitera la orden, haciendo caso omiso y de igual forma se continuó con el registro corporal, donde los internos Juan Loaiza Moraga, C.I. No 15.265.603-3 y Fredy Villalón Silva, C.I. No 17.692.669-4, se negaron a ser registrados, amenazando con agredir al personal de servicio e incitando con ello al resto de los reclusos a desobedecer las órdenes impartidas, por lo que fueron separados de la población penal para el procedimiento de rigor. Paralelamente a ello, el capitán don Flavio Muñoz Sepúlveda, le incautó al interno Luis Ortega Méndez, C.I. No 16.829.905-2, la cantidad de 2 celulares; a su vez el capitán Muñoz le incautó al interno José Contreras Campos, C.I. No 16.643.439-4, 1 celular de color negro marca Motorola, con batería; el Gendarme Segundo don Ornar Toledo Norambuena, le incauta la cantidad de 01 arma blanca al interno Hervin Huenulef Sepúlveda, C.I. No 17.688.031-7, finalmente el Cabo Segundo don Alex Bustos Malina incautó 1 arma blanca al interno Francisco Godoy Meneses, C.I. No 18.823.500-K.

Ante la situación antes descrita, los internos Loaiza Moraga, Villalón Silva, Ortega Méndez, Contreras Campos, Huenulef Sepúlveda y Godoy Meneses fueron separados de la población penal por personal G.A.R.P., para ser derivados al área de salud para constatarle lesiones, donde el facultativo de turno señala "sin lesiones visibles aparentes" para la totalidad de internos, a excepción del interno Luis Ortega Méndez, quien rechazó la constatación y posteriormente fueron derivados a la oficina de guardia interna para el procedimiento de rigor.

Agrega que a los pocos minutos se pidió personal de refuerzo vía radial, toda vez que terminado el procedimiento el interno Jorge Duran Martínez, C.I. No13.045.037-7, incitó al resto de los internos a salir del módulo diciendo "vámonos todos en cana", amenazando con agredir al personal y a resistirse a obedecer las órdenes impartidas por los funcionarios, abalanzándose sobre ellos, dificultando la contención los reclusos Cristian Abello Contreras, C.I. No 16.529.805-5 y Raúl Garnica Andrade, C.I. No 16.319.959-9, quienes lideraron este levantamiento contra el personal penitenciario, vociferando "que el Instituto de los Derechos Humanos le ha manifestado que en su calidad de imputados no deben someterse a los procedimientos de Gendarmería, menos dejar que se le efectúen registros corporales"; ambos imputados amenazaron con agredir al personal de servicio cuando ingresen a los patios, adhiriéndose a los dichos del interno Duran Martínez,, por lo que el jefe interno dio la orden que se trasladará a todos los imputados del módulo No 12 hasta las dependencias del área de salud, para la respectiva constatación de lesiones, en circunstancias que amenazaron con levantar falsas calumnias con respecto que el personal de servicio los había agredido, lo cual no fue así, toda vez que se mantuvo la calma y mesura.

Durante el momento en que un grupo de reclusos estaban en el calabozo de guardia interna, el imputado Francisco Godoy Meneses incitó a los demás internos que pasaban por el lugar para que no se sometían al examen de constatación de lesiones, ni a firmar cualquier documento y el mayor don Fernando Sanhueza Ocares lo separó de los demás internos, instante en que el usuario se resistió físicamente al procedimiento, el recluso le lanzó golpes de pies y puño al oficial, provocándole lesiones en su antebrazo izquierdo, situación por la cual, se tuvo que utilizar la fuerza racional y proporcionada para reducirlo, siendo apoyado por el Cabo Primero don Cristian Navarro Fernández; y una vez

controlada la situación, el recluso fue conducido nuevamente al hospital penal para la constatación de lesiones, lugar en donde se niega rotundamente a dar sus datos, por lo que fue imposible realizarle la hoja de atención.

En cuanto a la huelga de hambre masiva que iniciaron los privados de libertad, dicha acción fue gatillada por el imputado Cristian Abello Contreras, el 30 de agosto del año en curso, por un problema con personal de visita, situación que fue informada en el Parte No 1923 del 30.08.2019, toda vez que al usuario al Abello Contreras al ser sindicado como un líder negativo, incitó al resto a efectuar la acción de protesta.

Afirma que la labor de Gendarmería de Chile, encomendada por el Estado de Chile, no ampara actos que contravengan las leyes, normas y reglamentos; o acciones fuera de la ley que pudiesen incurrir el personal institucional y en ese sentido al producirse un hecho de atente contra la dignidad, integridad individual de las personas privadas de libertad, que se encuentran bajo la custodia de la institución, los infractores serán puestos a disposición de los organismos judiciales respectivos.

Y que de acuerdo a la reglamentación Institucional vigente impartidas por nuestro Subdirector Operativo mediante Oficio Circular No 171 de 13/05/2019, los funcionarios de Gendarmería, de cualquier repartición o área, tienen la obligación de denunciar hechos que constituyan carácter de delitos y que ocurran al interior de los Recintos Penitenciarios, como a su vez ejecutar acciones en favor de víctimas y testigos, instrucción que ha sido cumplida a cabalidad por todo el personal, tanto de Guardia Interna como de Sala de Cámaras, por lo cual no es posible, bajo ningún criterio o excusa, amparar hechos de abusos o malos tratos no solo actos que provengan de la población penal, sino que en mayor relevancia los que pudiesen ser ejercidos por el personal penitenciario.

Concluye que no han cometido acto arbitrario o discriminatorio alguno que hubiese vulnerado los derechos de los privados de libertad que se encuentran con la medida cautelar de prisión preventiva y que Gendarmería de Chile ha actuado en pleno ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias, con estricto apego a las normas vigentes, respetando plenamente el estado de derecho. Acompaña dos cd de videos remitidos por Gendarmería de Chile.

Oído y considerando:

Primero: Que el recurso de amparo, previsto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, es una acción constitucional, cuyo propósito consiste en obtener de los Tribunales Superiores de Justicia, una tutela eficaz y eficiente para salvaguardar la integridad del derecho que la doctrina ha denominado libertad individual, para evitar una afectación antijurídica del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual de cualquier persona, siendo precisamente la antijuridicidad de la conducta el comportamiento que la acción constitucional referida intenta solucionar o revertir, cuando sea procedente.

Segundo: Así, de acuerdo a lo recién expuesto, esta acción 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.

Tercero: Que, como cuestión previa, es indispensable mencionar que las potestades y obligaciones de Gendarmería de Chile respecto a los individuos que se encuentran bajo su vigilancia y cuidado, están establecidas en el Decreto Supremo N° 518, Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Una interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 1o y 6o dicho cuerpo normativo, en relación al artículo 15 de la Ley No. 2.589, permite sostener que el fin primordial de la actividad penitenciaria consiste en la atención, custodia y asistencia de los internos, a quienes se debe otorgar un trato digno y propio a su condición humana, encontrándose prohibida la aplicación de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes de palabra o de obra.

De esta forma, el Estado se ha autoimpuesto un deber especial de custodia sobre las personas privadas de libertad, atendido su evidente estado de desprotección, obligándose constitucional, legal y reglamentariamente a proteger sus derechos fundamentales, siéndole por lo demás imposible proceder de otro modo, ya que “*está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común*”, según lo ordena el artículo 1 inciso 2o de la Constitución Política de la República.

Cuarto: Que el artículo 28 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios indica lo siguiente:

El régimen de los detenidos, sujetos a prisión preventiva y penados se sujetará a lo establecido en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, la ley procesal pertinente, la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile y otras leyes y reglamentos relacionados con materias penitenciarias, y las normas del presente reglamento.

El primer párrafo del artículo 26 señala:

Todos los internos están obligados a cumplir los preceptos reglamentarios y especialmente, los de orden y disciplina, sanidad e higiene, corrección en sus relaciones y en su presentación personal, así como conservar cuidadosamente las instalaciones del establecimiento y el utensilio y vestuario que eventualmente les sean proporcionados.

El artículo 29 del mismo Reglamento dispone:

En los establecimientos de régimen cerrado los principios de seguridad, orden y disciplina, serán los propios de un internado. Estos principios deberán armonizar, en su caso, con la exigencia de que no impidan las tareas de tratamiento de los internos. Se cuidará especialmente la observancia puntual del horario, de los encierros y desencierros, de los allanamientos, requisas, recuentos numéricos y del desplazamiento de los internos de unas dependencias a otras. Por razones de seguridad, podrán ser intervenidas o restringidas las comunicaciones orales y escritas. Todas las actividades serán programadas y/o autorizadas y controladas por la Administración Penitenciaria.

Quinto: Que, en la vista del recurso, el abogado defensor sostuvo que no está permitido el trato indigno, afirma que 8 de los 41 internos son los causantes de los desórdenes, que el procedimiento se inició cerca de las 16:30 y se extendió no más allá de las 20:00 horas, tiempo durante el cual los ocupantes del módulo no recibieron alimentación, porque los

tuvieron masivamente en un lugar abierto, con frio, sin las vestimentas adecuadas y añade que Gendarmería de Chile tiene que adecuar sus procedimientos a la normativa.

Sexto: Que del mérito de estos antecedentes es posible concluir que lo informado por Gendarmería de Chile resulta compatible con el ejercicio adecuado y razonable de su deber de prestar seguridad. En este caso, en las circunstancias que se han detallado más arriba, los derechos de que gozan los internos fueron restringidos excepcionalmente como consecuencia de alteraciones en el orden y la convivencia del establecimiento penitenciario o de actos de indisciplina, donde la reacción de la autoridad penitenciaria fue proporcional al desorden reconocido.

Séptimo: Que no concurren en la especie circunstancias que actualmente justifiquen añadir medidas en resguardo de la seguridad personal de todos los internos habitantes del módulo N° 12, del Complejo Penal Penitenciario de Valdivia, por lo que el recurso de amparo será desestimado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo establecido en los artículos 19 N° 7, 21 de la Constitución Política de la República, **se rechaza** el recurso de amparo interpuesto por señor Pablo Ardouin Bórquez, Jefe de Estudios de la Defensoría Penal en la Región de Los Ríos, en favor de la seguridad personal de todos los internos habitantes del módulo N° 12, del Complejo Penal Penitenciario de Valdivia.

Regístrese, comuníquese y archívese, en su oportunidad. Redacción del Ministro Titular señor Juan Ignacio Correa

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 440-2019

Ruc: 1800276424-1

Delito: Lesiones graves en contexto de violencia intrafamiliar

Defensor: Eduardo Díaz Acuña

12. Rechaza recurso de nulidad presentado por la defensa. El parentesco es un vínculo relacional que se ostenta respecto de personas que mantienen relaciones mutuas. El parentesco por afinidad, en los términos del Código Civil, no excluye a las personas solteras. [\(CA Valdivia 25.06.2019 ROL 440-2019\)](#)

Normas asociadas: CC ART.31; CP ART.397 N°2; L20066 ART.5

Tema: Parentesco

Descriptor: Recurso de Nulidad; Parentesco por afinidad; Violencia Intrafamiliar

Magistrados: Mario Kompatzki Contreras; Gloria Hidalgo Alvarez; María Piñeiro Fuenzalida

SÍNTESIS: Se trata de un recurso de nulidad presentado por defensor penal público en contra de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia que condenó a la imputada S.H.C.C., por el delito consumado de lesiones graves en contexto de violencia intrafamiliar, previsto y sancionado en el art. 397 N°2 CP. La sentencia señala que el tribunal a quo no incurrió en una errónea aplicación del derecho, toda vez que la conceptualización que hace el art. 31 CC del parentesco por afinidad no excluye a la persona soltera, sino que define el vínculo partiendo por uno de los sujetos de la relación para vincularlo con los parientes consanguíneos del marido o mujer. Por tanto, en la especie se configura el parentesco por afinidad entre la condenada y la víctima, satisfaciendo las exigencias del art. 5 L. 20066 (Considerando 7°)

Texto Íntegro:

Valdivia, veinticinco de junio de dos mil diecinueve.

VISTOS:

En estos autos causa RIT 62-2019, RUC 1800276424-1 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, por sentencia de 17 de mayo de 2019 se resolvió absolver a SABINA HORTENSIA CURANAHUEL CURIPÁN del delito consumado de maltrato habitual, previsto y sancionado en el artículo 14 de la Ley n° 20.066; y condenarla a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autora del delito consumado de lesiones graves en contexto de violencia intrafamiliar, previsto y sancionado en el artículo 397 n° 2 del Código Penal, en relación al artículo 5° de la Ley n° 20.066, en la persona de Mario

Jesús Bravo Sandoval, cometido el día 17 de marzo de 2018, en la comuna de Lanco. Además, se le condenó a las medidas accesorias contempladas en las letras b) y c) del artículo 9° de la Ley 20.066, esto es: b) la prohibición de acercarse a la víctima Mario Jesús Bravo Sandoval, a su domicilio, lugar de trabajo o estudios; c) la prohibición de porte y tenencia y, en su caso, el comiso, de armas de fuego, ambas por el término de dos años. Dicha sentencia, al reunirse los requisitos exigidos en la Ley N° 18.216, ordenó la sustitución de la pena privativa de libertad por la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva por el tiempo de duración de la condena, esto es, tres años y un día, sin abonos que considerar. El abogado defensor penal público mapuche don Eduardo Díaz Acuña interpone recurso de nulidad respecto de la aludida sentencia, y se basa en la normativa prescrita en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que infringiendo lo estatuido en el artículo 5° de la Ley n° 20.066, específicamente por considerar que la conducta desplegada por su representada se enmarca dentro del supuesto descrito en dicho artículo de la Ley de Violencia Intrafamiliar, lo que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo. La errada apreciación jurídica, según el recurrente permitió la imposición de una sanción superior. Por consiguiente, el recurrente pide se declare nula la sentencia y a continuación, se dicte la sentencia de reemplazo que en derecho corresponda, esto es, condenando a su representada a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado mínimo y a las accesorias legales que correspondan, en el delito imputado. Además, que cumpliendo con los requisitos legales se solicita se sustituya dicha pena privativa de libertad por la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena, ordenando la omisión de la presente condena en virtud de lo establecido en el artículo 38 de la Ley 18.216.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad deducido en estos autos por la defensa de la imputada pretende la anulación de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, por estimar que en ese fallo se incurrió en una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en su decisión al infringir la normativa que contempla el artículo 5° de la Ley n° 20.066, en particular por enmarcar las lesiones que ameritan la condena en la normativa especial de Violencia Intrafamiliar, no siendo ello acertado dado que la ofensora no tiene la relación de parentesco con la víctima en los términos que exige la norma.

SEGUNDO: Para contextualizar el recurso de nulidad resulta esclarecedor citar los hechos que el Tribunal dio por probados: “El día 17 de marzo del año 2018, aproximadamente a las 20:00 horas, don Mario Jesús Bravo Sandoval se encontraba picando leña en su domicilio ubicado en el Sector Catrico Km. 7, comuna de Lanco, circunstancias en las cuales llegó al lugar la acusada, Sabina Hortensia Curanahuel Curipán, quien procedió a agredir con un palo a don Mario Jesús Bravo Sandoval en distintas partes del cuerpo, provocándole “hematoma de 5 centímetros en cara posterior del antebrazo derecho, con dolor a la palpación del tercio medio de antebrazo; dedo 2 mano derecha con aumento de volumen y dolor a la flexoextensión de falange distal; hematoma de 3 centímetros en la cara anterior de la pierna derecha” de acuerdo al examen del médico de turno del Hospital de Lanco y que conforme al diagnóstico del Servicio Médico Legal de Valdivia, resultó con una fractura de falange distal del dedo 2 de la mano derecha y malleta finger (dedo en martillo)” producto de agresión con elemento contundente, clínicamente graves, con tres meses de recuperación con adecuada terapia”. El tribunal calificó jurídicamente los hechos en el considerando undécimo como

“lesiones graves, en grado de desarrollo consumado, en perjuicio de Mario Jesús Bravo Sandoval, en contexto y marco de violencia intrafamiliar, conforme lo disponen los artículos 397 N°2, en relación con el artículo 5° de la Ley N°20.066, atendido el vínculo de parentesco que une al acusado con la víctima, acreditado con los respectivos certificados de nacimiento y matrimonio incorporados en la audiencia que acreditan que don Mario Bravo Sandoval es pariente colateral en segundo grado con la acusada Sabina Curanahuel Curipán”. Lo anterior lo fundamentó en la norma del artículo 31 del Código Civil que define el parentesco por afinidad.

TERCERO: Es del parecer del recurrente que para poder establecer qué es lo que se entiende por afinidad, no estando definida en la Ley n° 20.066, debemos remitirnos al artículo 31 del Código Civil, disposición que lo define. Tal parentesco por afinidad, agrega, “es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer”. Agrega que se acreditó, por un lado, la relación de parentesco por consanguinidad entre su representada y su hermana, doña Dominga Del Carmen Curanahuel Curipán, en virtud de sus respectivos certificados de nacimiento; y por el otro, la relación de parentesco por afinidad entre su representada y el cónyuge de su hermana, don Mario Jesús Bravo Sandoval, mediante el respectivo certificado de matrimonio entre este y doña Dominga Curanahuel Curipán.

CUARTO: Explica la defensa que tal como se logra advertir, no se discute la relación de parentesco por afinidad pero solo desde el punto de vista de la víctima de las lesiones graves don Mario Jesús Bravo Sandoval y su representada, lo que se colige de la lectura de lo dispuesto en el artículo 31 del Código Civil, pero no a la inversa, sostiene la parte recurrente. Lo anterior deriva de la redacción de la norma aludida que dispone que los parientes por afinidad son los consanguíneos del marido o mujer del ofensor –señala ofensor, al relacionar la norma del Código Civil con el artículo 5 de la ley 20.066-. En el caso de marras, la ofensora – condenada- no se encuentra casada, de lo cual resulta que no hay posibilidad de establecer un vínculo de parentesco por afinidad con persona alguna. Si bien es cierto que desde el punto de vista de la víctima es su pariente por afinidad, desde el punto de vista de esta última el vínculo mencionado no logra configurarse en atención a la interpretación restrictiva dispuesta por el artículo 5 del Código Procesal Penal, sin que pueda alterarse el tenor literal de la norma citada bajo el pretexto de discutir la justicia de la misma.

QUINTO: El artículo 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar, en lo que concierne a este recurso, define lo que debemos entender como violencia intrafamiliar al referir que: “Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente”.

Que el recurrente insiste en que por el hecho de ser soltera su defendida, queda excluida de la posibilidad de ser pariente por afinidad de la víctima. Enfatiza el defensor, que según el concepto de afinidad que se lee del artículo 31 del Código Civil, se supone a una persona que está o ha estado casada, dándose el parentesco por afinidad con los consanguíneos de su marido o mujer. Ello, concluye el recurrente, no se da en la especie.

SEXTO: De la norma transcrita queda de manifiesto que la definición de la violencia intrafamiliar en el art. 5° de la Ley N° 20.066 se compone de un elemento objetivo y de uno subjetivo. Objetivamente, debe tratarse de un maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de la víctima. Subjetivamente, debe existir entre el autor y la víctima alguna de las relaciones que el mismo art. 5° establece. Ambos elementos son constitutivos de la violencia intrafamiliar, pero, es en este caso, el último de ellos –la relación entre autor y víctima– lo que se cuestiona.

SÉPTIMO: Esta Corte disiente del parecer de la parte recurrente, por cuanto no se aprecia errónea aplicación del derecho en la aplicación del artículo 5° de la ley de Violencia Intrafamiliar con su consecuencia de agravamiento de la penalidad en la sanción a las lesiones por las cuales se condenó a doña Sabina Curanahuel Curipán. Se denota del artículo 5° de la ley de Violencia Intrafamiliar, transcrito precedentemente con una claridad diáfana, lo verdaderamente querido por el legislador, y que no es otro, que en los casos que se indican expresamente en esa disposición debe necesaria y obligatoriamente considerarse que los hechos que se verifiquen entre las personas allí señaladas deben ser considerados en su relación de familia y no invisibilizando aquello. En efecto la lista de personas y de relaciones que se leen del artículo en comento, incluye a aquellos que tienen distintas clases de parentesco, y en particular, en lo que importa a la discusión planteada por el recurrente, a los que tienen parentesco por afinidad con el ofensor hasta el tercer grado inclusive. ¿Se da el parentesco por afinidad entre la condenada y la víctima? La respuesta es afirmativa, pues el parentesco es un vínculo relacional, que se ostenta respecto de personas que mantienen relaciones mutuas.

“El parentesco, que es la relación de familia que existe entre dos personas, se divide en natural, legal y de adopción” (Tratado de derecho civil, Tomo I y II (Sexta parte), Alessandri R, Arturo - Somarriva R, Manuel - Vodanovic H, Antonio). Por su parte el profesor Manuel Somarriva Undurraga define el parentesco como la relación de familia que existe entre dos personas.

Así, por ejemplo, el parentesco por consanguinidad en primer grado se da respecto del padre o madre con el hijo o hija. A su vez el parentesco por afinidad en primer grado en la línea colateral, se da entre tíos y sobrinos; en segundo grado, entre cuñados, etc. Se verifica el vínculo, la relación, que según definición de la RAE es “la conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra”. Vale decir, existen dos extremos de la relación. El énfasis relacional de los vínculos de parentesco se realiza para poder comprender acertadamente el artículo 31 del Código Civil, que ha sido traído a colación por el recurrente en su fundamentación de errónea aplicación del derecho del artículo 5° de la ley de Violencia Intrafamiliar, el que no conceptualiza el parentesco por afinidad y que obliga a dirigirse a la citada norma del Código Civil. Pues bien, que el artículo 31 del Código Civil conceptualice el parentesco por afinidad como el que tiene una persona que esta o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer, no excluye a la persona soltera, que es lo que sostiene la defensa, pues la norma no dispone aquello. Lo que hace, es definir el parentesco por afinidad partiendo de uno de los sujetos (uno de los extremos de la relación), “el que está o ha estado casado”, para vincularlo con los parientes consanguíneos del marido o mujer, pero dicha definición que utiliza al sujeto casado o al que lo estuvo como punto de partida de la relación, no excluye de manera alguna a la persona soltera, pues la vinculación con los parientes consanguíneos del marido o mujer, es con independencia del estado civil de los consanguíneos (que son el otro extremo de la relación). Así, don Mario Jesús Bravo Sandoval es el cónyuge de doña Dominga del Carmen Curanahuel Curipan y por ende pariente por afinidad de la ofensora; y la ofensora, por su parte, hermana de doña Dominga del Carmen es pariente por afinidad del cónyuge de su hermana, la víctima, en estos hechos. Se recalca así la relación de parentesco que vincula en ambos sentidos a los que se relacionan en su virtud. La tesis de la defensa lleva al absurdo de sostener que la condenada no tiene relación de parentesco con el marido de su hermana, vale decir sólo el marido de la hermana sería su cuñado, pero ella no sería cuñada de aquel.

OCTAVO: De lo dicho dimana palpablemente que no existe ningún articulado del Código Penal o Procesal Penal ni ley de Violencia Intrafamiliar ni tampoco el Código Civil que autorice a excluir a la persona de estado civil soltero, de las relaciones de parentesco por afinidad. Consecuente con aquello no existe error de derecho al considerar “ofensora” a la

condenada por las lesiones inferidas al cónyuge de su hermana, con quien la une una relación de parentesco por afinidad en la línea transversal en segundo grado.

NOVENO: Con lo razonado en el curso de esta sentencia se desprende que no se ha cometido en la dictación del fallo en examen una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo, no dándose así los presupuestos del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

DÉCIMO: Sin perjuicio de lo resuelto preciso es dejar constancia para los efectos que sean menester, en la formalidad del proceso penal, que la alegación de falta de titularidad en el vínculo familiar alegada por la defensa, se realizó oportunamente, tras ser conocido el veredicto, en la audiencia que dispone el artículo 343 del Código Procesal Penal, pues es en dicha oportunidad procesal que corresponde alegar lo concerniente a la pena, que ciertamente se ve modificada en la medida de concurrir la relación de familia que se invocó por la agravación dispuesta en el artículo 400 del Código Penal.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b) y 378 y siguientes del Código Procesal Penal, se declara: **SIN LUGAR** el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de la imputada en contra de la sentencia de autos, de diecisiete de mayo de dos mil diecinueve, la que no es nula.

Redactada por el Ministro don Mario Julio Kompatzki Contreras. Regístrese y comuníquese.

N°Penal-440-2019.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 450-2019

Ruc: 1800410960-7

Delito: Lesiones menos graves en contexto de Violencia Intrafamiliar

Defensora: Debhora Maldonado Acosta

13. Se acoge recurso de apelación interpuesto por la parte querellante en contra de la resolución que resolvió declarar el abandono de la querella, por la no adhesión al requerimiento presentado por el Ministerio Público en juicio simplificado. Se establece que, dadas las especiales características de este tipo de procedimiento, se entiende por cumplido el trámite de adhesión a la acusación con la presencia del querellante a la audiencia de preparación de juicio oral simplificado ([CA Valdivia 13.06.2019 ROL 450-2019](#)).

Norma asociada: CPP ART.389

Tema: Adhesión a la acusación

Descriptor: Recurso de apelación; Juicio Oral Simplificado; Querellante

Magistrados: Juan Ignacio Correa Rosado, Carlos Gutierrez Zavala, Luis Aedo Mora

SINTESIS: Se trata de un recurso de apelación interpuesto por la parte querellante en contra de la resolución dictada por la Jueza de Garantía (S) de Río Bueno que resolvió declarar el abandono de querella, por la no adhesión del requerimiento presentado por el Ministerio Público en juicio simplificado. La Corte estableció que la aplicación supletoria de las normas del Procedimiento Ordinario al Procedimiento simplificado es excepcional, en la medida de que las normas se adecúen a la brevedad y simpleza de este último, cuestión que no se condice con la exigencia de manifestación explícita y dentro de plazo de 15 días para que la parte querellante adhiera a la acusación fiscal, bastando para entender cumplido dicho trámite con la presencia del querellante en la audiencia de preparación de juicio oral simplificado, como ocurrió en la especie.

Texto íntegro:

Valdivia, trece de junio de dos mil diecinueve.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

Atendido lo expuesto en la audiencia verificada ante esta Corte y considerando que la aplicación supletoria de las normas del Procedimiento Ordinario al Procedimiento Simplificado es excepcional, conforme al artículo 389 del Código Procesal Penal, es excepcional en cuanto se adecuen a la brevedad y simpleza de este último, cuestión que no se condice con la exigencia de manifestación explícita y dentro de plazo de 15 días para que la querellante adhiera a la acusación fiscal, bastando para entender cumplido el trámite mencionado con la presencia de la parte querellante a la audiencia de preparación de Juicio Oral Simplificado, como ocurrió en la especie.

Conforme a lo expuesto y la norma citada, se **REVOCA** lo resuelto en audiencia de veintidós de mayo de dos mil diecinueve y, en su lugar, se decreta que se tiene a la parte querellante como adherida a la acusación fiscal. Comuníquese.
Rol 450 – 2019 PEN.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 451-2019

Ruc: 1600458180-K

Delito: Tenencia ilegal de arma de fuego, Tenencia ilegal de municiones

Defensora: Pamela González Vásquez

14. Acoge recurso de apelación. Recurren Ministerio Público y defensa en contra de la resolución que rechazó la solicitud de someter a imputado a tramitación conforme a las reglas del procedimiento abreviado. En el presente caso la decisión judicial no se condice con las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico ([CA Valdivia 13.06.2019 ROL 451-2019](#)).

Norma asociada: CPP ART.410; CPP ART.406; L17798 ART.9

Tema: Solicitud de procedimiento abreviado; Control jurisdiccional

Descriptorios: Recurso de apelación; Procedimiento abreviado; Principio de irretroactividad

Magistrados: María Piñeiro Fuenzalida, Julio Kompatzki Contreras, Gloria Hidalgo Alvarez

SINTESIS: Se trata de un recurso de apelación presentado por Ministerio Público y defensa en contra de la resolución dictada por el Juzgado de Letras y Garantía de Río Bueno, en orden a someter a la tramitación conforme a las reglas del procedimiento abreviado en causa seguida por los delitos de tenencia ilegal de arma de fuego y municiones en contra de acusado H.A.H.W. Ambos intervinientes señalan que dado que la adquisición del arma y municiones se efectuó el año 2008, sería aplicable la ley penal vigente en ese momento, es decir, la norma del art. 9 de la Antigua Ley sobre Control de Armas. La Corte establece que los antecedentes de la investigación son suficientes para proceder de conformidad a las normas del procedimiento abreviado y que, no obstante el Juez de Garantía tiene un rol decisivo en la admisión o rechazo de dicho procedimiento, en el presente caso la decisión no se condice con las facultades que le entrega el ordenamiento jurídico (Considerando 4º)

Texto Íntegro:

Valdivia, trece de junio de dos mil diecinueve.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que, nuestro sistema procesal penal descansa sobre la base de un sistema de contrapesos y frenos en salvaguarda de los derechos del imputado, que alcanza también a la labor de los tribunales de justicia.

SEGUNDO: Que, el Juez de Garantía está facultado para realizar un estudio sobre el acuerdo alcanzado, conforme lo dispuesto el artículo 410 inciso 1o del Código Procesal Penal. Este control jurisdiccional de suficiencia importa un control de razonabilidad jurídica, es decir, que razonablemente exista una base para entender que los antecedentes de la investigación unidos a la acusación, o a la modificación de ésta en su caso, conducen a aceptar la petición de procedimiento abreviado.

TERCERO: Que, a juicio de esta Corte, los antecedentes de la investigación son suficientes para proceder de conformidad a las normas del procedimiento abreviado, pues de ellos surge una fecha distinta de tenencia del arma de fuego y de las municiones (2008), a la que originalmente sostuvo en la acusación el Ministerio Público (2016), última data que coincide solo con la incautación, antecedentes que permiten considerar que la ley aplicable al caso admite el ajuste de pena que la ley exige en este tipo de procedimiento.

CUARTO: Que, en consecuencia, si bien el Juez de Garantía tiene un rol decisivo en la admisión o rechazo del procedimiento abreviado, lo cierto es que en el presente caso la decisión no se condice con las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico.

Por estas consideraciones, normas citadas, y visto además lo dispuesto en el artículo 414 del Código Procesal Penal, se **REVOCA**, la resolución apelada de fecha veintidós de mayo de dos mil diecinueve y, en su lugar, se declara que se admite la tramitación de la presente causa conforme las reglas del procedimiento abreviado, debiendo el juez a quo citar a la audiencia pertinente. ◌ Comuníquese.

Rol N° 451-2019 REF.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 454-2019

Ruc: 1801159145-7

Delito: Incendio

Defensora: Pamela González Vásquez

15. Rechaza recurso de hecho interpuesto por la parte querellante en contra de la resolución dictada por el Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli que declaró inadmisibile un recurso de apelación interpuesto contra resolución que comunica la facultad de no perseverar. La apelación no es procedente pues la resolución atacada solo comunica una decisión privativa del Ministerio Público ([CA Valdivia 18.06.2019 ROL 454-2019](#))

Normas asociadas: CPP ART.370; CPP ART.369; CPP ART.248

Tema: Admisibilidad recurso de apelación

Descriptoros: Recurso de hecho; Facultad de no perseverar

Magistrados: Juan Correa Rosado, Carlos Gutiérrez Zavala, Luis Aedo Mora

SINTESIS: Juez de Garantía de Panguipulli declaró inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por la parte querellante en contra de la resolución que comunica la decisión de no perseverar en el procedimiento. A consecuencia de ello la parte querellante interpuso un recurso de hecho pidiendo que se acoja el recurso y se declare que la apelación que no fue concedida, es admisible, ya que la resolución impugnada pone término al juicio o hace imposible su prosecución de acuerdo a los términos del art. 370 CPP. El Tribunal de alzada estima que la resolución atacada no pone término al procedimiento ni hace imposible su prosecución, por cuanto únicamente tuvo presente la comunicación del Ministerio Público, respecto a una decisión que se encuentra dentro de sus facultades privativas y exclusivas, motivo por el cual la apelación no es procedente, máxime si se considera que la ley procesal penal no ha concedido expresamente el recurso en esta materia (Considerando 3º).

Texto Íntegro:

Valdivia, dieciocho de junio de dos mil diecinueve

VISTOS:

Comparece don Guillermo Sepúlveda Hernández, abogado, en representación del querellante, don Jorge Durán Martínez, en causa RIT O-1255- 2018 del Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli, y recurre de hecho en contra de la resolución de fecha veintinueve de mayo de dos mil diecinueve que no concedió el recurso de apelación interpuesto por su parte en contra de la resolución que tuvo presente la decisión de no perseverar, el cual debió concederse.

Sostiene que en audiencia de veintitrés de mayo del presente año, el Ministerio Público comunicó la decisión de no perseverar en el procedimiento, dejándose sin efecto las cautelares decretadas. Estima que dicha decisión no cumple con los requisitos establecidos por el legislador. Afirma el derecho fundamental de la víctima a requerir la tutela efectiva que reclama.

Señala que se comunicó la decisión de no perseverar sin haber efectuado previamente el cierre de la investigación, dejando al querellante imposibilitado de forzar la investigación. Refiere que el recurso de apelación debió concederse, pues la resolución impugnada pone término al juicio o impide su prosecución, al menos para el querellante, porque no puede ejercer sus derechos.

Pide se acoja el recurso y se declare que la apelación que no fue concedida, es admisible. Informando el recurso, don Carlos Guillermo Aguilar Hernández, Juez Titular del Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli, expone que en audiencia de veintitrés de mayo del presente año, el querellante solicitó rechazar la comunicación del Ministerio Público de no perseverar, con fundamento en que el ente persecutor no comunicó el cierre de la investigación, lo que fue rechazado por el tribunal. Agrega que la resolución que tuvo por efectuada la comunicación del Ministerio Público no puso término al procedimiento, pues ello ocurrió por decisión del ente persecutor, por lo que no hizo lugar a la apelación por improcedente. Se tuvo a la vista a través del sistema informático la causa Rol O-1255-2018 del Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli.

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que, el recurso de hecho es aquel acto jurídico procesal de parte que se realiza directamente ante el Tribunal superior jerárquico, a fin de solicitarle que enmiende con arreglo a derecho la resolución errónea pronunciada por el inferior acerca del otorgamiento o denegación de una apelación interpuesta por él. (MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián, *Los Recursos Procesales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 223).

SEGUNDO: Que, el artículo 370 del Código Procesal Penal establece las resoluciones susceptibles de ser objeto del recurso de apelación en el proceso penal, limitándolo estrechamente, según la voluntad del legislador que consta en el mensaje del Código aludido. Dicha norma dispone que únicamente son apelables: a) las resoluciones que pongan término al juicio, hagan imposible su continuación o lo suspendan por más de 30 días; y b) cuando la ley lo señale expresamente.

TERCERO: Que, la resolución dictada en audiencia de 23 de mayo de 2019 no pone término al procedimiento o hace imposible su continuación, por cuanto únicamente tuvo presente la comunicación del Ministerio Público, respecto a una decisión que se encuentra dentro de sus facultades privativas y exclusivas, motivo por el cual su apelación no es procedente, máxime si se considera que ley procesal penal no ha concedido expresamente el recurso en esta materia. **CUARTO:** Que, por lo demás, las alegaciones del querellante dicen relación con aspectos de fondo que exceden el ámbito de conocimiento del presente recurso de hecho, que tiene como único objeto la revisión por parte del Tribunal de Alzada de la resolución que no concede un recurso de apelación que se estima procedente por el recurrente, no pudiendo entrar a través de él al análisis de algún tópico diverso.

Por lo expuesto, normas citadas, y visto además lo dispuesto en el artículo 52, 369 y 371 del Código Procesal Penal; y artículos 203 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se **RECHAZA** el recurso de hecho interpuesto por el abogado don Guillermo Sepúlveda Hernández, en contra la resolución de fecha veintinueve de mayo de dos mil diecinueve, dictada en causa RIT O-1255-2018 del Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli.

Rol 454 – 2019 PEN.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 459-2019

Ruc: 1810032957-K

Delito: Lesiones menos graves en contexto de Violencia Intrafamiliar, Amenazas no condicionales en contexto de Violencia Intrafamiliar

Defensor: Osvaldo Salgado Chamorro

16. Rechaza recurso de nulidad impetrado por la defensa. Recurrente arguye que la prueba rendida fue insuficiente, puesto que se basó únicamente en la declaración de la víctima, quien se retractó. La prueba se valoró correctamente y la retractación de la víctima obedece a una dinámica de violencia de género que debe ser tomada en cuenta en el ejercicio de la labor jurisdiccional ([CA Valdivia 24.07.2019 rol 459-2019](#)).

Norma asociada: CP ART.399; CP ART.494 N°5; CP ART.296 N°3; CPR ART. 5; L. 20066 ART.5

Tema: Recursos; Valoración de la prueba; Retracción de la víctima

Descriptor: Recurso de nulidad; Violencia de Género; Interpretación de la Ley Penal; Violencia intrafamiliar

Magistrados: María Piñeiro Fuenzalida, Marcia Undurraga Jensen, Mario Kompatzki Contreras

SINTESIS: La defensa recurre de nulidad en contra de la sentencia pronunciada por el Juzgado de Garantía de Mariquina que condenó a A.M.P.R. por los delitos consumados de lesiones menos graves y amenazas no condicionales, ambos en contexto de violencia intrafamiliar. A juicio de la Corte la prueba se valoró acorde a las facultades del tribunal a quo. Además, establece que los delitos están insertos dentro del fenómeno cultural de violencia de género y que la retractación de la víctima forma parte de las dinámicas propias de ella, valorando este elemento el Tribunal de Alzada al momento de asignarle valor probatorio a la declaración de los testigos. Indica que la labor jurisdiccional implica combatir las discriminaciones dando cumplimiento a las obligaciones constitucionales derivadas del art. 5 inc. 2º, remitiéndose a tratados internacionales relativos a la materia, lo que no implica, necesariamente, afectar la presunción de inocencia del imputado (Considerandos 4º, 5º).

Texto íntegro:

Valdivia, veinticuatro de julio de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Con fecha cuatro de julio del presente año se realizó la audiencia respectiva para conocer el recurso de nulidad interpuesto por la Defensa del imputado Alex Marcelo Pérez

Rosales, representado por el Abogado Defensor Penal Público, don Osvaldo Salgado Chamorro, en causa RIT 602-2018, RUC 1810032957-K del Juzgado de Garantía de Mariquina, en contra de la sentencia de fecha veintitrés de mayo de dos mil diecinueve, que lo condenó a la pena de trescientos y un días de presidio menor en su grado mínimo, más accesorias legales, como autor del delito consumado de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, previsto y sancionado en el artículo 399 en relación al artículo 494 N° 5, ambos del Código Penal, y artículo 5 de la Ley N° 20.066; y a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, más accesorias legales, como autor de delito de consumado de amenazas no condicionales en contexto de violencia intrafamiliar, previsto y sancionado en el artículo 296 N° 3 del Código Penal y 5 de la Ley N° 20.066, ambos delitos cometidos en contra de doña Paulina Yolanda Obreque medina, el día 22 de julio de 2018, en la comuna de Mariquina.

OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la defensa ha invocado como causal del recurso de nulidad la del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, respecto de las letras c) y d) de dicha disposición legal, en relación a los artículos 297 y 340 del mismo cuerpo normativo.

Funda su arbitrio en que la prueba ofrecida para acreditar la participación fue escasa, inconsistente e insuficiente, ya que únicamente se incorporó la declaración de dos funcionarios policiales que tomaron parte en el procedimiento y en el documento de atención de urgencia, careciendo del relato del médico que lo redactó. Refiere que la víctima e imputado sostuvieron que, en el marco de un discusión y producto de la ingesta de alcohol, doña Paulina Obreque Medica perdió el equilibrio y cayó golpeándose con la combustión lenta de la casa. Agrega que la víctima, además, niega haber sido amenazada.

Sostiene que los funcionarios de Carabineros relatan lo aseverado por la víctima el día de los hechos, pero ocurre que posteriormente ésta se retractó. En cuanto al delito de amenazas, afirma que solo un funcionario policial se refirió a ellas. Considera que la prueba rendida no cumple un estándar suficiente para derribar la presunción de inocencia -concepto sobre el que explaya- y sostener una decisión condenatoria, habida consideración que la sentencia no se encuentra debidamente fundada.

En definitiva, solicita se declare nulo el juicio oral y la sentencia, ordenando la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda.

SEGUNDO: Que, en relación a la causal ejercida en el recurso de nulidad, conviene tener presente que como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, en el sistema procesal penal se erige como principio fundamental que el análisis de las probanzas corresponde a los Jueces del grado, carácter que no inviste la Corte de Apelaciones respectiva cuando procede al conocimiento de un recurso de nulidad. El rol de esta Corte es de revisión del proceso que ha sido seguido para arribar a la convicción, de modo que este sea reproducible, comprensible y que los fundamentos no se aparten de los límites legales, esto es, la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos afianzados.

El tribunal en el considerando décimo da por establecidos los hechos en orden a que *“El día 22 de julio de 2018, en horas de la madrugada, mientras que la víctima doña Paulina Yolanda Obreque Medina, se encontraba en su domicilio ubicado en la calle Padre Placido No 146 interior, bebiendo alcohol junto a su ex conviviente Alex Marcelo Pérez Rosales, se produce una discusión entre ambos a raíz de lo cual el imputado procede a amenazarla con un cuchillo, de muerte, y posteriormente en la misma dinámica de hechos, procede a golpearla en su rostro con golpes de puño, con lo cual ésta cae o es lanzada contra una combustión lenta, resultando con lesión cortante en la cara de tres centímetros, más una contusión cervical. Lesiones de carácter leves”*.

TERCERO: Que, en el registro de audio de la audiencia de juicio oral simplificado, no se advierte insuficiencia de análisis en la ponderación de las pruebas ni falta de fundamentación, pues en los motivos octavo y décimo segundo aparece de manifiesto que dicha certeza fue adquirida ponderando las declaraciones de testigos y prueba documental en su conjunto, para establecer la participación del acusado en los hechos, no apreciándose en dicho ejercicio saltos argumentativos, vacíos o conclusiones contradictorias, todo lo cual permitió al sentenciador generar la convicción de condena a la que arribó en su fallo. Del mismo modo, se hace cargo adecuadamente de cada una de las alegaciones de la defensa, que instó por la absolución en virtud de la falta de participación del imputado y carencia de elementos probatorios para sustentar la acusación.

En efecto, en el basamento décimo segundo el sentenciador aborda la retractación de la víctima, expresando que ésta mantuvo su relato en tres oportunidades distintas, a saber: concurrió al retén de Carabineros y declaró que el imputado *“la agredió con golpes de puño, la lanzó a la combustión lenta y la amenazó con un cuchillo”*. Posteriormente, los funcionarios policiales detuvieron al imputado y la víctima mantuvo su relato. Luego de ello, fue trasladada a un centro asistencial donde afirmó su relato, esta vez, frente a un facultativo. Esta secuencia de hechos fue descrita en juicio por los funcionarios policiales que depusieron en estrados. El juez del grado estimó poco creíble que la víctima afirme no recordar nada de lo ocurrido ese día, atendido que en el dato de atención de urgencia consta que no presentaba alteración o compromiso de conciencia. Y ocurre que la víctima declaró en el juicio oral no recordar haberse dirigido a Carabineros a efectuar la denuncia, así como tampoco, que fue trasladada al hospital para ser examinada producto de las lesiones.

Así las cosas, el juez a quo consideró, además, que la declaración del imputado difiere de la versión dada por la víctima respecto a la dinámica de los hechos, lo que le resta credibilidad al relato del primero. Finalmente, como elemento para entender la relación de convivencia, tuvo presente la existencia de una causa anterior por violencia intrafamiliar en que el imputado fue sancionado por un delito de la misma naturaleza, perpetrado en contra de la víctima. En cuanto al delito de amenazas, el juez tuvo en consideración lo declarado por el Carabiniere Flores Flores en orden a que el imputado intimidó a la víctima con un cuchillo, lo que fue corroborado por el otro funcionario policial, pero sin los detalles del primero, estimándolo suficiente para acreditar los elementos del tipo penal y la participación del acusado.

CUARTO: Que, en las causas por violencia intrafamiliar, la decisión del tribunal no puede obviar la existencia de un fenómeno sociocultural que tiene características definidas en torno a su ocurrencia, como lo es la violencia de género. Lo anterior conlleva que el ejercicio de la labor jurisdiccional debe reconocer la particular situación de desventaja en la cual históricamente se han encontrado las mujeres, pero que no necesariamente está presente en cada caso, como una forma de otorgar respuesta jurídica adecuada de protección y prevención a las víctimas, conforme lo dispuesto en los artículos 2 y 7 letras b) f) y g) de la Convención de Belém do Pará; artículo 5 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República.

En efecto, juzgar con perspectiva de género supone responder a la obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación y hacer realidad el derecho a la igualdad, reconociendo las específicas diferencias de hombres y mujeres que impactan en el Derecho, específicamente, en la interpretación de enunciados normativos y en la valoración de las pruebas rendidas para acreditar las hipótesis fácticas en el proceso. Ciertamente ello no supone un abandono de la presunción de inocencia, sino que juzgar dejando al margen los estereotipos y prejuicios, analizando el contexto en que se

producen los hechos, a fin interpretar las normas de forma correcta y, en definitiva, evitar una aplicación excesivamente formalista del derecho que derive en un tratamiento desigual al preterir la transversalidad de género.

QUINTO: Que, en el presente caso, la única fuente probatoria que existe en relación a la ocurrencia del delito y a la participación, es la declaración de los funcionarios aprehensores que escucharon a la víctima al momento de denunciar el hecho después de ocurrido. Ahora bien, la retractación de la víctima -fenómeno propio de este tipo de violencia- no es indicativo que el hecho no ocurrió, por el contrario, bajo ciertas circunstancias constituye un elemento que el tribunal ha de considerar al momento de asignarle valor probatorio a la declaración de los testigos que, a su vez, escucharon a la víctima, otorgándole una mayor fuerza de convicción en la medida que sea concordante con actos constitutivos del tipo penal. Y ello es precisamente lo que ocurre en el presente caso, por lo que no existe insuficiencia probatoria ni afectación a la presunción de inocencia, desde que se cualificó la declaración de los funcionarios policiales por sobre la retractación de la víctima en estrados, considerando el contexto en que se produjo la denuncia de los hechos y el posterior cambio de relato. Así, a partir del juicio de inferencia correctamente desarrollado y explicitado por el sentenciador, se tuvo por acreditada la dinámica sostenida inicialmente por la víctima ante Carabineros y conforme a las máximas de la experiencia plasmadas en la sentencia, se descartó la falta de participación alegada por la defensa. En consecuencia, la conclusión condenatoria a la que se arribó, se encuentra justificada en elementos de juicio suficiente a favor de la proposición acusatoria.

SEXTO: Que, conforme se ha venido razonando, es posible constatar que no existió infracción alguna por parte de tribunal al deber contenido en las letras c) y d) del artículo 342 del Código Procesal Penal, muy por el contrario, conforme se ha analizado, se aprecia que en la especie se dio pleno cumplimiento a la necesaria fundamentación del fallo en estudio, pues existe un razonamiento lógico, completo y exento de errores manifiestos, que se explaya sobre los medios de prueba ofrecidos, apreciados por el juzgador en la forma y dentro de los límites desestiman las alegaciones absolutorias de la defensa, por lo que el recurso será desestimado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 297, 340, 342, 374 letra e) y 385 del Código Procesal Penal, se **RECHAZA**, el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado Alex Marcelo Pérez Rosales en contra de la sentencia definitiva de fecha veintitrés de mayo de dos mil diecinueve, dictada por el Juzgado de Garantía de Mariquina, la que no es nula.

Se previene que el Ministro don Mario Julio Kompatzki Contreras si bien concurre al rechazo del recurso de nulidad en cuestión, estuvo sin embargo por eliminar el basamento Cuarto del fallo analizado, por ser improcedente en la especie, como quiera que los delitos que se han investigado devienen de problemas habidos entre el hechor y la víctima, en sus relaciones personales y domésticas que escapan abiertamente de lo denominado en el fallo en comentario “violencia de género”, como quiera que en la especie ello no es concurrente con los sucesos investigados, y sin que ello aún más, hubiere sido hecho valer por la afectada, pues lo que se conoce a través de este tipo de sucesos ilícitos, es justamente la acreditación de los mismos a través de las probanzas, y de estas no dimana lo que se pretende hacer ver en el considerando de que se trata, lo que en síntesis, por consiguiente escapa la labor de juridicidad que le cabe a los Tribunales de Justicia de la Nación; no siendo este medio –sentencia del grado– un instrumento para acudir a resolver situaciones intelectuales que se producen en el devenir de los interesados.

Rol 459 – 2019 PEN.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 520-2019

Ruc: 1600195404-4

Delito: Tráfico Ilícito de Drogas

Defensor: Carlos Matamala Troncoso

17. Rechaza Recurso de Nulidad presentado por la defensa. Recurrente arguye que debió considerarse conjuntamente las atenuantes del art. 11 N°9 CPP y 22 L 20000 puesto que los hechos en los que se funda el delito son independientes. Según el Tribunal de Alzada, los hechos son sucesivos y concatenados y, por tanto, no cabe valorar un mismo elemento en dos momentos distintos. Se impone la atenuante específica del art. 22 L 20000 por aplicación del principio de especialidad ([CA Valdivia 06.08.2019 ROL 520-2019](#)).

Norma asociada: CP ART.11N°9; L20000 ART.22; CPP ART.373 b

Tema: Recursos; Aplicación de atenuantes

Descriptor: Recurso de nulidad; Principio de Especialidad; Concurso aparente de leyes penales; Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal; Interpretación de la Ley Penal

Magistrados: Juan Correa Rosado, Carlos Gutierrez Zavala, Luis Aedo Mora

SINTESIS: Se trata de un recurso de nulidad impetrado por la defensa contra la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia que condenó a la acusada M.C.E.P. por el delito de Tráfico Ilícito de drogas, previsto y sancionado en el art. 3 L20000. El Tribunal de Alzada establece que el tribunal a quo no incurrió en una errónea aplicación del derecho, puesto que no es posible escindir los hechos que acontecieron en una misma jornada y se desarrollaron en orden sucesivo, de hecho, una interpretación contraria podría acarrear el riesgo de condena por más de una figura delictual. Indica que la dogmática ha sostenido la absoluta incompatibilidad de ambas figuras atenuantes, al estar enfrentados a un problema de concurso aparente de leyes penales, o a uno de interpretación a resolverse mediante la aplicación de los principios de consunción o especialidad. En la especie, y en virtud de la aplicación de dichos principios, se impone la atenuante específica del art. 22 L20000 (Considerando 6º, 7º, 8º).

Texto Íntegro:

Valdivia, seis de agosto de dos mil diecinueve.

VISTOS:

En estos autos R.U.C. N°1600195404-4, R.I.T. N°318-2018, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, que incide en Recurso de Nulidad Ingreso Corte N°520-2019, por sentencia de ocho de junio de dos mil diecinueve, se condenó a la acusada, Mirella del Carmen Esparza Peña, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más multa de cuarenta Unidades Tributarias Mensuales y a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, así como a la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su responsabilidad como autora del delito consumado de Tráfico Ilícito de Drogas, previsto y sancionado en el artículo 3°, en relación con el artículo 1°, ambos de la Ley N°20.000, perpetrado el día 5 de julio de 2016, en la ciudad de Valdivia.

Don Carlos Matamala Troncoso, abogado, defensor penal privado, en representación de la condenada, interpuso recurso de nulidad en contra de la referida sentencia, fundado en la causal del artículo 373 literal b) del Código Procesal Penal.

En el cuerpo de su presentación se expone acerca de las circunstancias y antecedentes que motivaron la causa seguida en contra de su representada, del cual es relevante mencionar que fue capturada a la altura del peaje de Lanco, en el marco de un procedimiento realizado en un bus interprovincial en el que viajaba el 5 de julio de 2016, en compañía de Juan Eduardo Salinas Troncoso (co- imputado fallecido y sobreseído), procediéndose a la incautación, tanto desde mochilas que se hallaban en poder de ambos como desde domicilios que por ellos se indicaron, a los que con autorización voluntaria accedieron los policías, de un total de 5,423 kg. brutos de cannabis sativa, 3, 893 kg. de cocaína base y 21,5 g. brutos de clorhidrato de cocaína, habiéndosele reconocido por el propio Ministerio Público en su acusación la cooperación eficaz en el esclarecimiento de los hechos, según lo previsto en el artículo 22 de la Ley N°20.000; pero también, la agravante del artículo 12 N°16 del Código Penal, aspectos que quedaron consignados en la decisión consecuencial del Tribunal.

En síntesis, su arbitrio anulatorio se basa en que califica de errónea la determinación jurisdiccional, en aquella parte en que desestimó la vigencia conjunta de la atenuante común del artículo 11 N°9 del Código Penal con la especial del artículo 22 de la Ley N°20.000 por haberlas considerado incompatibles, enfocándose en los razonamientos probatorios establecidos en el considerando noveno, que reproduce, los que relaciona con el análisis de los

factores determinantes para haber impuesto la pena, desarrollados en el duodécimo, que igualmente transcribe, para cuyo efecto hizo ver que debía tenerse presente que su defendida no había sido el blanco original de la investigación ni objeto de interceptación telefónica alguna, como también que el fundamento de cada circunstancia modificatoria estaba radicado, a su parecer, en hechos distintos e independientes: la primera, en lo que decía relación exclusivamente al transporte de droga entre Santiago y Valdivia, mientras la segunda, vinculada a los datos y autorización voluntaria otorgada para la entrada, registro e incautación domiciliaria, sin la cual los policías no habrían podido descubrir esa sustancia adicional en el marco de la averiguación del mismo delito.

Finaliza, sosteniendo el modo como comprende que aquello incidió sustancialmente en lo dispositivo del fallo, particularmente al momento de determinar el “quantum” de la pena en el referido motivo duodécimo, por lo que pide se anule la sentencia, dictando otra en su reemplazo que se conforme a la ley, condenando a su representada por el delito de tráfico de estupefacientes, pero con declaración expresa que concurre también la circunstancia atenuante del artículo 11 No 9 del Código Penal, aplicándose la compensación racional de circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal y, atendida la extensión del daño efectivo al bien jurídico protegido y convergencia del artículo 22 de la Ley N°20.000, se aplique el mínimo de la pena asignada al delito, rebajándola en dos grados y quedando en la de presidio menor en su grado mínimo.

Ante estrados, la defensa esencialmente refrendó las argumentaciones contenidas en su libelo, en tanto el Ministerio Público, representado por el abogado, don Álvaro Pérez Astorga, en suma requirió se desestimara el recurso, en atención a que en la especie no podía pretenderse la modificación de los hechos que se habían dado por establecidos ni resultaba factible, por consiguiente, valorar la atenuante común pretendida en conjunto con la especial reconocida en el considerando duodécimo, toda vez que esta última lo había sido en la hipótesis de aclaración del mismo delito que había sido objeto de persecución, por lo que no era admisible una doble valoración.

OÍDOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el motivo de nulidad, que ha sido objeto del recurso deducido por la defensa de la aludida condenada, pretende la invalidación de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Valdivia, por estimar que en ella se ha incurrido en el vicio contemplado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, por haberse efectuado en la sentencia una errónea aplicación del derecho en lo que tocaba al rechazo de la atenuante común

del artículo 11 No9 del Código Penal, por incompatible con la especial del artículo 22 de la Ley N°20.000, indicando que ello influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en base a los argumentos sintetizados ya en la parte expositiva.

SEGUNDO: Que, atendido el tenor de la causal ejercida, resulta conveniente recordar que, según la doctrina, esa transgresión puede ocurrir en las siguientes modalidades: contraviniendo la ley formalmente, interpretándola erróneamente o haciendo una falsa aplicación de ella.

Además, conforme al principio de trascendencia imperante en toda nulidad, la infracción de ley debe resultar determinante en el razonamiento y decisión del fallo, pues de lo contrario, no tendría la influencia sustancial que la ley requiere para la procedencia del recurso.

Por último, la causal esgrimida recae exclusivamente sobre aspectos de derecho, no pudiéndose alterar por intermedio de ella los hechos de la causa, cuyo conocimiento se encuentra vedado a esta Corte (a vía ejemplar, Rol N°171- 2014 de este mismo tribunal).

TERCERO: Que, en lo que atinge al vicio resaltado, señala la defensa en su recurso que el Tribunal incurrió en una errónea aplicación del derecho, al no haber reconocido en favor de su representada la minorante de responsabilidad contemplada en el artículo 11 N°9 del Código Penal, por haberse establecido como criterio por los juzgadores, en el considerando duodécimo numeral 2, la incompatibilidad de ésta en relación con la atenuante especial del artículo 22 de la Ley N°20.000, lo que no correspondía, puesto que pudo aplicarse respecto de los dos hechos que él desprende y que, a su juicio, serían independientes entre sí, a saber: el traslado de droga en el tramo Santiago-Valdivia y, aparte, la incautación domiciliaria de la sustancia verificada por los policías a consecuencia de la voluntaria autorización concedida por su representada.

CUARTO: Que, sobre el punto planteado por la defensa, no debe perderse de vista a la hora resolutive, que los asentamientos fácticos realizados por el tribunal de instancia resultan inmodificables por la vía de la causal empleada para impugnar la validez de la sentencia, advirtiéndose, además, conforme al tenor de su formulación, que se comprende haber existido una errónea interpretación de ley, como variante del déficit atribuido a dicho dictamen.

Descansando en esos pilares habrá de dirigirse el análisis a realizar por esta sede, sustentada precisamente en los hechos establecidos en la octava motivación del fallo, en el cual, en lo pertinente, como resultado de la apreciación probatoria, se hizo una alusión ordenada con criterio cronológico, partiendo por la descripción de los antecedentes de la indagación dirigida contra el co-imputado

fallecido, Juan Salinas Troncoso, para continuar con la puntualización del episodio acaecido en horas de la mañana del 5 de julio de 2016, en virtud del cual se logró determinar el viaje de aquél a Santiago en compañía de su pareja, la acusada Esparza Peña, para la compra y transporte de droga y su retorno a Valdivia, previo paso por Temuco, siendo interceptado el bus de la empresa Bio Bio en el peaje de Lanco, para registrar, con la debida autorización judicial y acto continuo, el equipaje de ambos y encontrar al interior de una mochila roja diversas cantidades de droga, entre cocaína base, clorhidrato de cocaína y, sobre todo, cannabis sativa, más dinero. Finalmente, se describió que en horas de la tarde (18:20 horas) y noche (22:15 horas) de igual data, previa autorización voluntaria de ambos imputados, se incautó desde el domicilio de Santa María N°637 interior una pequeña cantidad de cannabis sativa, en tanto desde calle Petrohué N°399 interior, una significativa cuantía de similares sustancias ilícitas de diverso peso, más dos balanzas digitales. En este punto, efectivo es que, a partir de lo que se lee en el considerando décimo, se valoró la información aportada el mismo día por la encausada, lo que permitió acceder a esta segunda vivienda, desde donde se incautó una mayor cantidad de droga.

QUINTO: Que, sin embargo, no es dable desatender que la conducta atribuida a la enjuiciada en el primer párrafo de la décima motivación, fue *“que ésta mantenía, guardaba, poseía y comercializaba la droga antes detallada, sin que la misma estuviere destinada a su consumo exclusivo y próximo en el tiempo o que dichas sustancias estuvieren destinadas a algún tratamiento médico”*.

Así, pues, las hipótesis de la tipificación conductual a su respecto consideradas fueron múltiples: la mantención, guarda, posesión y comercialización, pero en el marco y a propósito de la constatación de un solo delito de tráfico ilícito de estupefacientes, que fue el que ese mismo basamento fijó, de manera que no se vislumbra cómo ha podido el defensor efectuar intelectivamente una escisión fáctica de hechos que acontecieron durante una misma jornada y que se fueron desarrollando en orden sucesivo, producto del derrotero que fue adquiriendo la indagación en momentos posteriores a la detención. Lo contrario, es decir, la autonomía propuesta en relación con cada fase del hecho, en concepto de esta Corte, podría haber acarreado entonces el juzgamiento y, por ende, el riesgo de condena por más de una figura delictual; lo que no aconteció.

SEXTO: Que lo precedentemente razonado cobra importancia para los efectos de lo debatido en este asunto, ya que lleva a entender de suyo inviable lo aseverado por el abogado en el plano de las modificatorias que pretende enarbolar en forma segregada, pero a base precisamente de un mismo y único hecho delictivo asignado a su defendida, debiendo en ello tener presente que con acierto los sentenciadores, en el fundamento duodécimo, numerando 2 de la sentencia, al ocuparse de la incompatibilidad de la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal respecto de la atenuante especial de cooperación eficaz, contemplada en el artículo 22 de la Ley N°20.000, dejan en evidencia que de entre la tríada de hipótesis que este último precepto contemplaba, esto es: *“que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley”*, se verificaba sólo la primera, conocida en doctrina como intraprocesal e inductiva de la aclaración de los propios sucesos averiguados, resultando útil reproducir al efecto el último párrafo del argumento judicial, a fin de no dejar espacio a la duda: *“En el caso que nos ocupa, conforme a los razonamientos antes patentizados, se desprende que la cooperación de la acusada se circunscribe a la primera hipótesis antes señalada, dado que gracias a su aporte se pudo incautar una mayor cantidad de droga, empero, dentro del mismo procedimiento y en relación a los mismos partícipes. En este orden de ideas, no resulta procedente valorar nuevamente esa misma cooperación como una*

colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, si la cooperación eficaz se cimenta en las mismas circunstancias.”

En esos términos, al contrario de lo postulado por el defensor, no se vislumbra posible haber ponderado positivamente con simultaneidad la aplacatoria genérica en examen frente a la especial y privilegiada que consignó el Legislador en la normativa sancionadora del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicos, que no fuera, a lo más (y en una postura no pacífica en doctrina ni uniforme en jurisprudencia), bajo la siguiente fórmula: por una parte, haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento del propio hecho investigado y juzgado (atenuante genérica); en tanto, por otra, haber cooperado eficazmente en la prevención o impedimento de la perpetración de otros delitos de igual o mayor gravedad (atenuante especial, que en este caso corresponde a la designada en su variante extraprocesal); cuya no había sido, de todos modos, la situación fáctica e inmodificable concluida a este respecto.

SÉPTIMO: Que, en refuerzo de la idea expresada, la naturaleza jurídica y fundamento que exhibe la cooperación eficaz nos da cuenta de una doble dimensión, por cuanto constituye una herramienta de investigación, que tiene por objetivo la persecución penal de los delitos asociados al tráfico de drogas; no obstante, también opera como atenuante específica de responsabilidad. Así las cosas, converge en su esencia con la finalidad de política criminal esclarecedora de delitos y contributiva con la acción de la justicia, que también detenta la colaboración sustancial, divergiendo sólo en la generalidad o especialidad de las figuras típicas a cuya indagación exitosa pretende aportar. Es por esto, que conceptualmente debe ser manifiesta la disimilitud de hechos constitutivos de delito con los que cada una se vincule, no pudiendo tratarse de uno mismo, como se ha constatado haber sido en este evento.

Es más, un sector de la dogmática ha sostenido la absoluta incompatibilidad de ambas figuras aplacatorias, al estar enfrentados a un problema de concurso aparente de leyes penales o, al menos, a uno de interpretación de las mismas, que debe dirimirse haciendo prevalecer a una por sobre otra, bajo el prisma del principio de especialidad, según el cual cuando hay dos normas que describen un mismo hecho, existiendo entre ambas una relación de género a especie, se impide su aplicación conjunta en el caso concreto, por cuanto entre ellas hay una relación lógico formal que implica que en la descripción del supuesto de una de ellas (especial), se contienen todos los elementos de la otra (general), debiendo preferirse la específica (Politoff L., Sergio, Matus A., Jean Pierre, Ramírez G., María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 2a Edición, año 2004, p. 458).

Se ha opinado también que la solución a dicho conflicto puede pasar por dar vigencia al principio de consunción, que impera en materia de tipificación, conforme al cual un tipo penal comprende el desvalor delictivo de otro, de esta manera el precepto penal más amplio o complejo –especial-, absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél -general- (Bustos Ramírez, Juan. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2a Edición, 2007. p. 394).

Respecto a este punto, el profesor Cury sostenía que al operar estas circunstancias atenuantes en momentos posteriores a la comisión del delito, no podía verse en ellas un caso de disminución de la culpabilidad, sino que éstas obedecían precisamente a razones político criminales con las que se pretendía favorecer el comportamiento posterior del delincuente en las formas previstas en dichas normas (Cury Urzúa, Enrique, Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, 7a Edición, Santiago, 2005, p.67).

Finalmente, Van Weezel, en igual línea, planteó la prohibición de doble ponderación, que implicaba que no podía valorarse en dos momentos distintos un mismo elemento que incidía en la determinación de la pena, lo que implicaba que

no era posible utilizar en la medición judicial de la pena, en este caso para disminuirla, elementos que ya había tenido en cuenta el legislador al valorar una conducta (Van Weezel De La Cruz, Alex, Compensación racional de las atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena. Revista Chilena de Derecho, Vol 24 N° 3. 1997, p.465).

De todo lo parafraseado, en cualquiera de las formas de abordaje del asunto, ha de imponerse la figura atenuatoria del artículo 22 de la Ley N°20.000 por sobre la del artículo 11 N°9 del Código Penal, tal como fuera decidido en la sentencia en examen; por lo cual se refrenda la correcta interpretación albergada, descartándose, como contrapartida, los fundamentos del arbitrio invalidatorio.

OCTAVO: Que, a mayor abundamiento, a nivel jurisprudencial, conforme a estudios del último quinquenio, no ha sido factible encontrar sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, que en nuestro país acojan la pretendida vigencia conjunta (Concurrencia de las atenuantes de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos y de cooperación eficaz bajo la ley 20.000. Ricardo Villarroel Rojas. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Santiago, 2015, p.38).

NOVENO: Que, por último, en plena consonancia con los fundamentos precedentes y al no haberse vislumbrado la concurrencia de los errores de derecho alegados por la defensa, no podrá prestarse oído al presente arbitrio. Por estas consideraciones, y visto además, lo dispuesto en los artículos 352, 360, 373 letra b) y 384 del Código Procesal Penal, se **RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por el defensor penal, don Carlos Matamala Troncoso, en representación de la acusada, Mirella del Carmen Esparza Peña, en contra de la sentencia de fecha ocho de junio de dos mil diecinueve, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Valdivia, la que no es nula.

Regístrese y comuníquese.

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

Rol 520 – 2019 PEN.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Rol: 534-2019

Ruc: 1800679158-8

Delito: Robo con intimidación

Defensores: Ximena Triviños Lespai; Felipe Saldivia Ramos

18. Rechaza recursos de nulidad presentados por defensores penales públicos.

La Corte establece que en ausencia de delimitación de la circunstancia agravante descrita en el art. 12Nº16 CPP, se consideró correctamente que los delitos involucrados poseen la misma conducta basal, bastando para configurar la agravante en comento [\(CA Valdivia 02.08.2019 ROL 534 – 2019\)](#)

Normas asociadas: CP ART.12 Nº16; CPP ART. 373 b

Tema: Recurso de nulidad; Agravante

Descriptor: Recurso de nulidad; Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal; Interpretación de la ley

Magistrados: Juan Correa Rosado; Carlos Gutiérrez Zavala, Luis Aedo Mora

SINTESIS: Las defensas de ambos condenados interponen recurso de nulidad contra la sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Valdivia que condenó a L.E.S.P. y a H.G.G.M. por el delito de robo con intimidación. Refieren que se les aplicó erróneamente la agravante de reincidencia específica descrita en el art. 12 Nº16 CP. La Corte establece que en ausencia de norma que defina el contenido de la agravante en examen, siguiendo criterios jurisprudenciales, se ha tenido como factor concatenado inicial el bien jurídico protegido por las normas concernidas, que se intersectan en lo tocante al dominio y se asocian en cuanto a la proximidad en su forma de perpetración, ya que tanto en el delito de robo con intimidación como en el cometido en lugar habitado y por sorpresa se envuelve un potencial atentado contra la integridad física. Finalmente, señala que los ilícitos de robo por sorpresa y robo con intimidación existe la cercanía conceptual necesaria para calificar en la norma de incremento de penalidad (Considerando 4º, 14º)

Texto Íntegro:

Valdivia, dos de agosto de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Que en estos antecedentes R.U.C. Nº1800679158-8, que corresponden a la causa R.I.T. Nº 36-2019 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, ingresada en esta Corte con el **Rol Nº 534- 2019**, la defensa penal pública del sentenciado, Luis Eduardo Sebastián Pérez Silva, representada por la abogada, doña Ximena Triviños Lespai, ha interpuesto recurso de nulidad en contra de la sentencia de catorce de junio de dos mil diecinueve, que lo condenó a las penas de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio más accesoria legal, como co-autor del delito consumado de robo con intimidación, así como a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo más accesoria legal, en carácter de autor del delito consumado de tenencia ilegal de arma de fuego, ambos hechos ocurridos el 12 de julio de 2018, en la ciudad de Valdivia. Funda su

arbitrio, en síntesis, en la causal del artículo 373 literal b) del Código Procesal Penal, al estimar que ha existido una errónea aplicación del derecho que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, a consecuencia de la consideración en contra del imputado de la agravante de reincidencia específica del artículo 12 N°16 del Código Penal, centrándose en los motivos octavo y, en especial, décimo cuarto letra b) del mismo, que reproduce, por apreciar que no debió servir al efecto la condena a él antes impuesta en causa R.I.T. N°5299-2017 del Juzgado de Garantía de Valdivia, por delito de robo en lugar habitado, según resolución de 29 de diciembre de 2017, considerando que la agravatoria en comento involucra la repetición de los hechos por los que antes fue condenado, siendo diversa tanto la forma de comisión, el bien jurídico que cada ilícito resguardaba (integridad física o psíquica y hasta vida- robo con intimidación- versus sólo propiedad-robo en lugar habitado) y el párrafo bajo el cual se hallaban regulados, de manera que pudo aplicarse la pena en su mínimo de cinco años y un día, que es lo que postula, pidiendo se acoja su recurso, invalidando el fallo y dictando sin nueva audiencia, pero separadamente, uno en su reemplazo.

Por otra parte, el defensor penal público del sistema licitado, don Felipe Saldivia Ramos, en representación del sentenciado, Héctor Gabriel González Mancilla, ha formulado también recurso de nulidad contra igual fallo, que impuso a aquél la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio más accesoria legal, como co-autor del delito consumado de robo con intimidación, acaecido en igual fecha y lugar. Sustenta su mecanismo invalidatorio, en lo principal, en la causal del artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal, habiéndolo argumentado en base a que el Tribunal habría efectuado una errónea valoración de la prueba rendida, particularmente enfocándose en la motivación décima de la sentencia, en sus páginas 15 y 16, de cuyo tenor desprende que no se habrían respetado los principios de la lógica, máximas de experiencia ni conocimientos científicamente afianzados, como tampoco el deber de haberse hecho cargo de toda la prueba rendida, habiendo omitido también la expresión clara, lógica y completa de todos los hechos probados, en particular, si su defendido había tenido participación culpable en el robo con intimidación. Junto con censurar un pluralismo impropio en el análisis de la intervención de ambos imputados, resalta conculcado el principio de no contradicción, esencialmente al confrontar la especie atribuida a la sustracción por su representado (cadena de plata) con las efectivamente halladas en su poder al ser detenido (billetera con documentos y un celular del afectado), como, asimismo, al haber estimado suficiente el tiempo para haber verificado aquél un cambio de ropa con miras a camuflarse sin que haya existido prueba alguna de esa afirmación. Suma a lo anterior la consideración tenida en vista acerca de una supuesta correspondencia en torno al número de atacantes, sexo, edad aproximada, estatura comparativa, color de vestuario y tez, características que no se condecían con la versión entregada por la víctima, Yohany Espinoza Duarte, cotejada a su vez con la de los funcionarios policiales, puntualmente resaltando la divergencia observada en el color de la chaqueta que su defendido vestía el día del hecho (oscura versus verde con franjas blancas). Por último, el aserto contenido en la sentencia y vinculado a la caracterización de un actuar policial revestido bajo un halo de imparcialidad, que hacía efectiva y fidedigna su versión, fue reputado sólo como un acto de fe de los jueces, pero, en su opinión, ajeno a la prueba recabada y a las máximas de experiencia.

En subsidio, en tanto, se valió también de la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, al denunciar una errónea aplicación del derecho que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, a consecuencia de la valoración de la agravante de reincidencia específica del artículo 12 N°16 del Código Penal que se había efectuado en perjuicio de su defendido, aduciendo en esta ocasión al considerando décimo cuarto, página 21, en que consideró como sustento tres condenas: R.I.T. N°595-

2013 por hurto, N°3762-2014 por robo por sorpresa, ambos del Juzgado de Garantía de Valdivia, y N°40-2015 por hurto, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, sin haberse pronunciado el voto mayoritario acerca de los fundamentos de esta decisión, a diferencia del voto disidente, y pese a haber existido debate, por lo que no logra saber si su vigencia se asoció a los hurtos o al robo por sorpresa, criticando la raigambre de esta agravatoria en un derecho penal de autor e instando, consecencialmente, a su interpretación restrictiva, debiendo haber efectuado un análisis comparativo que incluyera la naturaleza de los delitos tenidos por antecedente confrontados con el que se juzgaba (simples delitos versus crimen), sus reglas de prescripción de acción penal y pena, bienes jurídicos tutelados, de los que se desprendía que no había identidad plena, sin que fuera relevante la sola contemplación del robo con violencia o intimidación y la del por sorpresa en un mismo artículo del Código Penal, lo que, amén de destacar no ser ajeno a otras figuras penales (artículo 366 quáter, 390, 469, 470 y siguientes del Código Penal), en el caso era claramente distinguible una conducta de otra, en cuanto la primera era poseedora de un “plus” y la otra, de un “minus”, lo que explicaba la expresión: “se considerará como robo...”, para finalizar descartando la utilidad al efecto del artículo 351 del Código Procesal Penal.

Culmina, pidiendo se acogiera el recurso incoado, en cuyo caso, si lo era por la causal principal, debería anularse la sentencia y el juicio que le sirvió de sustento, determinando el estado en que habría de quedar el proceso, ordenando la realización de uno nuevo por el Tribunal no inhabilitado correspondiente; en tanto si lo era por la subsidiaria, cabía la invalidación del fallo y dictación de una en su reemplazo, que desechando la agravante del artículo 12 N°16 del Código Penal, impusiera a su representado una pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo o lo que el Tribunal fundadamente determinara en derecho.

En la audiencia de rigor llevada a cabo ante esta Corte, las defensas en lo sustancial reiteraron sus argumentaciones, mientras el Ministerio Público, representado por el abogado, don Álvaro Pérez Astorga, solicitó el rechazo de ambos recursos y la confirmación de la sentencia, en suma, considerando que no había existido el yerro que por una parte se denunciaba, de suerte que el fallo contenía un adecuado análisis de la prueba rendida, por haber sido concordante el relato de la víctima con los aportados por los agentes policiales, habiendo valorado para este caso concreto como fiable el criterio y procedimiento de estos últimos, dada la casi identidad entre las especies robadas versus las incautadas y recuperadas, el escaso tiempo transcurrido entre la perpetración del hecho y la detención de los responsables y la habitualidad de la práctica de cambio de vestimenta de los hechores para lograr impunidad, de manera que sólo se estaba ante una discordancia de opinión en relación a lo inferido en el fallo; en tanto, ponderando que debía desestimarse también la alegación de infracción de ley vinculada a la agravante de reincidencia específica, merced al claro tenor del artículo 351 del Código Procesal Penal, que otorgaba un criterio ligado al bien jurídico tutelado como factor orientador de la determinación de la misma.

OÍDOS Y CONSIDERANDO:

I.- En cuanto al recurso formulado por la defensa del acusado, Luis Eduardo Sebastián Pérez Silva.

PRIMERO: Que, acorde se ha dejado referido en la parte expositiva del fallo, la defensa del aludido encausado ha invocado únicamente la causal de errónea aplicación del derecho que ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, apoyada en el artículo 373 literal b) del Código Procesal Penal, en relación al artículo 12 N°16 del Código Penal, estimando que en la especie no concurría la reincidencia específica que se había dado por establecida.

SEGUNDO: Que, como ha quedado asentado en doctrina y jurisprudencia, atendido el tenor de la causal ejercida, la citada transgresión puede ocurrir de diversas formas, a saber: contraviniendo la ley formalmente, interpretándola erróneamente o haciendo una falsa aplicación de ella. Además, conforme al principio de trascendencia, imperante en toda nulidad, la infracción de ley debe resultar determinante en el razonamiento y decisión del fallo, pues de lo contrario no tendría la influencia sustancial que la ley requiere para la procedencia del recurso. Por último, tal como también fuera adelantado en el motivo precedente de nulidad examinado, la causal esgrimida recae exclusivamente sobre aspectos de derecho, no pudiéndose alterar por intermedio de ella los hechos de la causa, cuyo conocimiento se encuentra vedado a esta Corte (Rol N°171-2014, de este mismo Tribunal).

TERCERO: Que, a fin de dirimir la cuestión sometida al conocimiento de este Tribunal, útil es enfocarse en las motivaciones censuradas en el libelo recursivo, a saber la octava y, en especial, la décimo cuarta letra b), ulterior que expresa: *“b) Por mayoría para el caso del acusado González Mancilla y por unanimidad en el caso de Pérez Silva se acoge la agravante de reincidencia específica establecida en el artículo 12 no16 del Código Penal, con relación al delito de Robo con Violencia e Intimidación. En el caso de Pérez Silva sirve a este efecto la condena que le fue impuesta en el rit 5299/2017 del Juzgado de Garantía de Valdivia anteriormente detallada. En efecto, allí el acusado recibió castigo penal por su intervención como autor material de un delito de Robo en Lugar Destinado a la Habitación, el mismo que, basalmente, motiva el presente juicio, sin que resulte en obstáculo para ello que aquí el robo sea bajo la variante de violencia e intimidación pues en ambos el eje central de la conducta que motiva el reproche legal es el atentado contra la propiedad bajo condiciones de hecho que superan la simple apropiación que caracteriza al hurto.”*

De este fundamento se sigue que el Tribunal de Fondo, para concluir la denominada reincidencia propia específica, tuvo principalmente en cuenta la coincidencia en el hecho basal, esto es, en el comportamiento caracterizado como robo, cuyo hilo conductor estaba guiado por la comunidad de vulneración del bien jurídico propiedad, mediante un proceder que exorbitaba el modo de comisión propio del hurto.

CUARTO: Que, en tal sentido, conociendo que es de suyo criticable por buena parte de la doctrina la subsistencia de esta circunstancia agravatoria, alejada de un derecho penal del hecho y en abierta discordancia con el principio de culpabilidad, sustentada sólo en uno de autor sobre la base de criterios de peligrosidad, ha parecido a esta Corte que, manteniéndose vigente como instituto de regulación punitiva debe ser aplicado y pese a lo escueto del citado fundamento que a ella se ha referido, ha existido un correcto parecer consensuado y unánime de los sentenciadores, adecuadamente sustentado en la materia, por cuanto, en ausencia de norma que defina el contenido de la agravante en examen, siguiendo criterios jurisprudenciales razonables que la han delimitado, se ha tenido como factor concatenador inicial el bien jurídico principal tutelado por las normas concernidas, que se intersecan en lo tocante al dominio, pero asociadas a la semejanza o al menos proximidad en su forma de perpetración, que, tanto para el caso del robo con intimidación como para el del cometido en lugar habitado, implica también un nítido atentado potencial contra la integridad física, aun cuando con matices de intensidad divergentes; pero claramente diferenciables del hurto, comportamiento ilícito de mera apropiación por medios materiales y completamente alejado de todo compromiso de la integridad de la víctima.

Oportuno en ello, como refuerzo de lo sostenido, es citar a don Mario Garrido Montt, en su obra Derecho Penal, Parte General, Tomo I, en cuya página 213 (Editorial Jurídica de Chile, año 2003), quien, pese a compartir el criterio de exclusión para el futuro, expresaba en lo pertinente: *“El sentido de las expresiones ‘de la misma especie’ empleadas por el*

Nº16 no ha sido determinado por el legislador, de modo que deben ser interpretadas normativamente. Atendidas las doctrinas vigentes sobre la teoría del delito que son mayoritariamente aceptadas, cuando se habla de delitos de la misma especie, se hace referencia a hechos de naturaleza semejante-no necesariamente iguales-, lo que se puede determinar considerando dos aspectos de importancia: los bienes jurídicos protegidos por los respectivos tipos penales y las modalidades de su comisión (formas de ataque del bien jurídico)”.

De esta forma, descartable ha sido la argumentación sostenida por la defensora en aras de haber conseguido la ansiada rebaja de pena para su representado, puesto que sustenta una postura que parece exigir una identidad delictual no establecida, restringiendo erradamente, además, el alcance de afectación vinculado al delito de robo con fuerza en las cosas perpetrado en lugar habitado, desde que, como ha quedado dicho, éste también pone en peligro la integridad, sin que tenga relevancia su formal ubicación en párrafos diversos (2 y 3 respectivamente) del texto punitivo, pues si ese fuera el criterio hermenéutico a seguir, debiese añadirse en contrario que se encuentran empero bajo el mismo Título IX del Libro II; razones por las que su arbitrio no podrá fructificar.

II.- En cuanto al recurso formulado por la defensa del acusado, Héctor Gabriel González Mancilla.

1) Por la causal del artículo 374 letra e), en relación a los artículos 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal.

QUINTO: Que, seguidamente, en su arbitrio anulatorio de doble dimensión argumental, tal como fuera descrito en la parte expositiva, el defensor del mentado enjuiciado partió esgrimiendo, en lo principal, el motivo absoluto del artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal, con atribución de una errónea valoración de la prueba analizada en el considerando décimo de la sentencia, derivando así la infracción a los principios de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados, como también la transgresión al deber de examen íntegro de la prueba rendida, estimando ausente, por último, la expresión clara, lógica y completa de todos los hechos probados, en particular, en lo tocante al establecimiento de la participación culpable de su representado en el robo con intimidación, por las razones explicitadas.

SEXTO: Que, en el ámbito de este acápite del recurso y en congruencia con lo expuesto reiteradamente a nivel jurisprudencial, el mecanismo de impugnación reglamentado en el Título IV del Libro Tercero del Código Procesal Penal, está revestido de un carácter estricto y extraordinario, por lo que sólo procede por las causales y con la finalidad expresamente señaladas por la ley, no constituyendo una nueva instancia diversa que permita revisar los hechos establecidos por el tribunal “a quo”, dado el principio de inmediación que está en la base estructural de un sistema oral, el cual supone una apreciación directa de las pruebas que se producen en el juicio por parte de quienes han de decidir la cuestión debatida.

En dicha perspectiva, la revisión de lo resuelto por otro tribunal que no ha asistido al debate y que, en verdad, sólo llega a informarse de la prueba incorporada al juicio y de lo que en el mismo se ha actuado y debatido a través de actas o audios, hace que este último quede privado de esa centralidad y estrecho vínculo con las partes y con los elementos de acreditación que se valoraron para construir su convicción.

SÉPTIMO: Que, en esa misma línea, en atención a principios rectores, como el de oralidad, inmediación y celeridad, que informan el procedimiento que rige todo juicio de este orden, en consonancia con el restringido sistema de impugnación establecido por el Legislador respecto de las sentencias definitivas, que son su producto, y acorde a los principios que informan la prueba que en los mismos se genera, esta sede jurisdiccional,

que no la recibió de primera mano, no puede evaluarla ni emitir pronunciamiento sobre cuestiones de hecho concernientes a la materia sobre la cual se ha litigado.

Por el contrario, es al tribunal cuya sentencia por esta vía se revisa al que ha correspondido analizar las probanzas conforme a cánones inspirados en el sistema de acreditación informado por las reglas de la sana crítica, de acuerdo a lo establecido en el artículo 297 del Código Procesal Penal, quedando acotada, por consiguiente, la potestad de esta Corte a verificar si en dicho proceso racional se ha incurrido o no en la causal de nulidad que motiva el recurso en estudio, esto es, si efectivamente se ha configurado una infracción manifiesta de tales estándares de ponderación, para así cerciorarse que el fallo que ha resuelto la controversia esté dotado de adecuados niveles de razonabilidad, justificación y fundamento.

OCTAVO: Que, concentrados ya en las aristas de los déficit representados por la defensa, tras ejercicio de simple lectura del fallo analizado confrontado con la labor de detección de la manifiesta infracción correspondiente, fluye que no concurren los vicios incorporados como base del recurso, desde que las críticas levantadas por el recurrente no se conciben con la acuciosidad y lucidez observada en el análisis de la prueba de co-participación en el grave hecho, contenida en la sentencia, en torno a González Mancilla, debiendo dejar aclarado que, a diferencia de lo que el letrado asevera, se ha advertido que la evaluación de los medios de acreditación se ha producido tanto individualmente, en lo que concierne al rol que cada imputado desplegó en el sitio del suceso y a las circunstancias que rodearon sus detenciones separadas, como en forma plural o mancomunada, producto de la intervención dual en el evento delictivo y a objeto de consolidar los acertados razonamientos desarrollados.

En efecto, fuera de la nota final de ponderación pormenorizada de cada testimonio, descrita en el fundamento sexto literal a) en sus numerales 01, 02, 03 y 04, más la determinación del hecho realizada en el octavo considerando, bastó repasar los basamentos noveno y décimo para corroborar lo expresado, destacando que los jueces prácticamente no dejaron cabos sueltos en su examen, toda vez que la asignada falta de análisis relativa a las especies encontradas en poder de cada acusado, incluido el que ocupa esta parte del fallo, no ha sido tal, por cuanto, en lo que interesa a este arbitrio, el punto ii) del ulterior raciocinio aludido se extendió sobre este asunto y si bien de su listado se desprende que no ha existido plena coincidencia entre lo arrebatado por González Mancilla al afectado (cadena de plata) versus lo que fuera incautado efectivamente en su poder tras su captura en vía pública, breves minutos posteriores a la perpetración del delito (teléfono celular y porta documentos con algunos de los pertenecientes a la víctima), no es menos verdad que aquel aspecto carece de la trascendencia que el impugnante pretende atribuirle, por haberse tratado precisamente de cosas muebles de propiedad de don Yohany Espinoza, quien fue capaz de reconocerlas, así como a él en carácter de uno de los ejecutores de la conducta, y por haberse tenido por desvirtuada, además, la versión alternativa o de coartada sostenida en el juicio por el encausado, pero jamás probada ni siquiera indiciariamente.

NOVENO: Que, por otra parte, la contradicción evidenciada entre el relato de la víctima, Sr. Espinoza, con la de los funcionarios policiales, Sres. Silva, Cárdenas y Yáñez, en lo concerniente al color de la casaca que vestía el enjuiciado en cuestión fue también oportunamente captada, abordada y reflexivamente superada, bajo un legítimo supuesto fáctico temporal centrado en máximas de experiencia (suficientes minutos para haber mudado las capas de las dos casacas portadas simultáneamente al tiempo de la detención, máxime si en los bolsillos de la oscura que llevaba debajo estaban las pertenencias del sujeto pasivo del delito) y en la ponderación concordada de las probanzas rendidas, sosteniendo el tribunal de fondo en el punto iii) del motivo décimo: *“En el caso de González Mancilla, en principio se advierte un problema doble: por una*

parte la persecución que relatan Silva y Bravo pierde de vista al segundo sujeto, por otro lado, los mencionados Carabineros describen al acompañante de Pérez Silva vistiendo chaqueta “oscura”, en cambio la persona detenida por Yáñez y Cárdenas aluden a un individuo usando casaca verde a rayas y bajo esta una casaca azul (según Cárdenas) y casaca “fluorescente” y bajo esta una casaca azul (según Yáñez). Lo anterior llama a la duda, pues como lo afirma su defensa letrada el escaso tiempo que media entre el hecho y la detención no explica el cambio en el color de la prenda o el surgimiento de esta segunda prenda, más aun cuando fue detenido circulando en la vía pública. Empero tal objeción es vencible razonablemente por dos razones: 1) desde luego ambos captores, Cárdenas y Yáñez, exponen que bajo la primera chaqueta estaba otra de color azul, mismo color descrito por el ofendido Yohany Espinoza y que se enriela en el tono “oscuro” que mencionaron los Carabineros Silva y Bravo ajustándose a la recién aludida mención de parte del señor Espinoza. Más aun, la otra casaca, aquella verde a rayas que señala Cárdenas es aludida por Yohany Espinoza quien afirmó que en el cuartel policial el más bajo de sus atacantes se había puesto otro polerón, uno “verde a rayas”, “ya no era azul”; 2) precisamente la ausencia de solución de continuidad entre el avistamiento por parte de los Carabineros Silva y Bravo, pocos minutos antes de las 17 horas, y la detención por los Carabineros Cárdenas y Yáñez, a las 17,07 horas, abre un espacio suficiente de tiempo para intentar por parte de González en forma urgente camuflar la apariencia, al menos cambiando el primer color que aparecía a simple vista para la ropa que llevaba en la parte superior de su cuerpo.”

Por tanto, se vislumbra que lo sostenido por el recurrente no pasa de ser una divergencia valorativa respecto del fundado criterio a que se arribó en la instancia; sin embargo, aquélla no alcanza el peso bastante como para erigirse en un yerro que vicie de nulidad la decisión adoptada y el juicio en que se cimentó.

DÉCIMO: Que, por último, amén de no haber sido factible avistar, como lo hace el defensor, una patente discordancia entre la testimonial de la víctima cotejada con la de los agentes policiales, en lo relativo a las restantes descripciones, incluso físicas de los sujetos activos del delito, entre los que se contaba el propio González, quien, por lo demás, fue también reconocido fehacientemente y fuera de toda duda por la primera, ítem sobre el cual se extienden también los puntos iii) y iv) del décimo apartado del fallo; el presunto acto de fe atribuido a los juzgadores en lo atinente a la veracidad de los relatos de los funcionarios a cargo del procedimiento no ha sido tal, toda vez que la convicción de aquéllos se ha asentado no en base al don reputado (fe), sino a la apreciación crítica e hilada de la prueba ante ellos presentada, que, por el contrario, les llevó a establecer la mendacidad de la narración alternativa que voluntariamente introdujo al juicio su representado, pretendiendo estratégicamente con ello reforzar la presunción de inocencia que le favorecía, mas sin lograrlo, al no haberla respaldado en antecedente alguno que pudiera haberla dotado de visos de alguna fiabilidad. Como muestra de lo expresado, considérese el tercer párrafo del punto iv) ya anticipado: *“En el caso del segundo detenido, González Mancilla, consumada por los Carabineros Yáñez y Cárdenas, si bien no constituye el procedimiento un derrotero sin solución de continuidad -a partir de la versión del Sargento Silva y el Cabo Bravo- la inculpación igualmente encuentra apoyo en los puntos i) a iii) anteriores, porque aquello permite asentar una base de facto que está demostrada y que explica el actuar policial muy por sobre la historia del consumo de drogas al interior de un container, desde que tal construcción fáctica no encontró siquiera un principio de prueba.”*

Así las cosas, nítido es que no podrá prestarse oídos a este primer capítulo de invalidación intentado, teniendo en vista su falta de correlato con el explícito e íntegro tenor de la sentencia, dotada de adecuados niveles de razonabilidad, justificación y fundamento.

2) Por la causal del artículo 373 b) del Código Procesal Penal, en relación al artículo 12 n°16 del Código Penal.

UNDÉCIMO: Que, en lo que incumbe ahora a la causal subsidiaria de nulidad, radicada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en virtud de la cual se patentiza una errónea aplicación del derecho con influjo sustancial en lo dispositivo del fallo, en lo atinente a la acogida, en este caso puntual, por voto mayoritario de la agravante de reincidencia específica del artículo 12 N°16 del Código Penal, amparada en lo ya relatado en la fase expositiva de este dictamen jurisdiccional; siendo plenamente aplicable, además, lo ya manifestado tanto en el considerando segundo, en cuanto al restringido carácter, formas de expresión e invariabilidad de presupuestos fácticos que este motivo implica, como en el cuarto, en torno a la conceptualización básica de la agravatoria en cuestión; cabe avocarse concretamente a puntualizar si es factible derivar una deficiencia redundante en anulación a partir de lo sostenido en el texto del razonamiento décimo cuarto de la sentencia.

DUODÉCIMO: Que, en tal orden de ideas y atendida la concentración del referido sustento judicial, se translitera en lo pertinente su contenido: *“b) Por mayoría para el caso del acusado González Mancilla ... se acoge la agravante de reincidencia específica establecida en el artículo 12 no16 del Código Penal, con relación al delito de Robo con Violencia e Intimidación...”*

De igual modo cabe la agravante en el caso del otro acusado, González Mancilla, ya que según se anota para su persona se registran tres condenas, rit 595-2013 -hurto-, 3762/2014 -robo por sorpresa- y 40/2015 -hurto- los dos primeros del Juzgado de Garantía de Valdivia y el último del Tribunal Oral Penal de Valdivia.”

DÉCIMO TERCERO: Que, en esta materia, que fuera resuelta en voto dividido por la respectiva sala del tribunal de fondo, según se dijo, debe descartarse primeramente la atribución realizada por el recurrente en lo relativo a la asignada ausencia de todo fundamento en el voto de minoría, por cuanto de la revisión cabal del considerando y de una intelección armónica de sus párrafos, es perfectamente desprendible que la argumentación vertida a propósito de la agravante en el caso del co-acusado, Pérez Silva, servía de base, en lo conceptual, para arribar al colofón establecido para la situación de González Mancilla, esto es, que el eje central de la conducta que motivaba el reproche legal era el atentado contra la propiedad bajo condiciones que superaban la simple apropiación que caracterizaba al hurto.

De lo anterior se sigue lógicamente, que no ha podido ser sobre cimiento en alguno de los hurtos por los que el imputado fuera condenado en tiempo pretérito, la derivación de la presencia de la agravante en evaluación, ya que lo contrario haría “per sé” restar todo efecto a la construcción racional que le precedía, en circunstancia de haber quedado inmersa estructuralmente en un mismo motivo; máxime si el voto de minoría, que participando de la deliberación sólo discrepó en la determinación respecto de sus pares, se remite en forma precisa al cotejo entre robos, sin haber efectuado mención alguna a los hurtos.

DÉCIMO CUARTO: Que, como consecuencia de lo indicado, resta únicamente confrontar si el robo por sorpresa es susceptible de encuadrar en la noción “delito de la misma especie”, que contiene el precepto modificadorio de responsabilidad penal en cuestión, juzgado que ha sido en el caso actual un robo con intimidación.

En tal sentido, admitiendo que es una temática en desarrollo, pero discrepando esta Corte de lo argüido por el defensor y del contenido del voto minoritario, entiende que entre una y otra figura penal sí existe la cercanía conceptual necesaria para calificar en la norma de incremento de penalidad que nos ocupa, desde que, convergiendo en ambas como bien jurídico tutelado común la propiedad, en el robo por sorpresa se hallan presentes formas de fuerza que le hacen diverso al mero obrar clandestino en la apropiación característica

del hurto, sin alcanzar la intensidad de la violencia o intimidación inmanentes en la figura más grave de robo con esas severas modalidades. Por ello es que se le suele tratar como un verdadero tipo penal intermedio o puente entre los dos extremos descritos, lo que viene a ser reafirmado con la exigencia ligada al objeto material de la acción, que en este evento corresponde a una cosa mueble que la víctima debe llevar consigo, con lo cual sitúa al sujeto activo en un escenario comisivo que en buena medida involucra o compromete algún grado de intrusión en la integridad física de aquélla, en aras de conseguir la apropiación, particularmente en la modalidad de ejecución que designa su nombre, es decir, la sorpresa propiamente tal.

DÉCIMO QUINTO: Que, inclusive, más allá del conocido objeto propio del artículo 351 del Código Procesal Penal, en materia de concurso de delitos, al efecto de alcanzar una acumulación jurídica de penas eventualmente más favorable que el artículo 74 del Código Punitivo para decidir un caso, refrendando lo inferido en el motivo que antecede, un sector de la dogmática penal ha recogido el aspecto conceptual que tal precepto brinda, útil para este tópico modificadorio en la fijación del contenido de la agravante examinada, habiéndose sostenido que: *“el recurso a la función sistemática de los bienes jurídicos, conforme a la cual el legislador clasifica los distintos delitos dentro del Código Penal, permite sostener que no es necesaria una identidad exacta de bienes jurídicos afectados para considerar dos o más delitos como pertenecientes a una misma especie”*... En complemento, se ha expresado: *“téngase en cuenta que la anterior definición de delitos de la misma especie se basaba, precisamente, en un criterio sistemático y que no era criticada por ello, sino por las indeseables consecuencias que en ocasiones producía el modo excesivamente formal en que estaba consagrado. Atender a la función sistemática de los bienes jurídicos serviría entonces para “rescatar” el aspecto útil de la regulación anterior. Debido a esta función el legislador podría agrupar conjuntamente diversos delitos, aunque sus bienes jurídicos coincidieran solo parcialmente, nada impide aplicar la regla de determinación de pena de la reiteración de delitos de la misma especie a hipótesis de varios delitos pluriofensivos. Lo único que se requiere es que en todos los delitos concurrentes exista, al menos, un mismo bien jurídico común”* (Guillermo Oliver C, La Exasperación de la Pena en el Concurso Material de Delitos: la reiteración de delitos de la misma especie, Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XXVI No 2, Dic. 2013”).

En el mismo orden de ideas, fallos, como los recaídos en los roles N°888- 2017 y 491-2019, pronunciados por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, se han inclinado sobre similar sustento al que este Tribunal ha preponderado en la especie.

DÉCIMO SEXTO: Que, de esta forma, cabe afirmar que los jueces de instancia, en su voto mayoritario, han razonado adecuadamente en el literal b) del considerando décimo cuarto en torno al punto levantado en este arbitrio, pudiendo comprobar que por intermedio del mismo y prevaliéndose de la legítima discrepancia consignada en el voto en contra, lo que ha procurado la defensa es evidenciar su malestar con el primero de los pareceres, mas a causa de ello no puede comprenderse con suficiencia edificado un vicio anulatorio del fallo.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, por todo lo anterior, no habiéndose verificado la existencia de alguno de los polos de ambos recursos intentados, no corresponde la nulidad del juicio ni de la sentencia, como tampoco sólo la de ésta, que las distintas partes recurrentes pretendían, correspondiendo verificar su desestimación.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372 y 384 del Código Procesal Penal, se **RECHAZAN** los recursos de nulidad deducidos, tanto por la defensa del acusado, Luis Eduardo Sebastián Pérez Silva, representada por la abogada, doña Ximena Triviños Lespai, como por la del acusado, Héctor Gabriel González Mancilla, representada por el abogado, don Felipe Saldivia

Ramos, contra la sentencia fechada el catorce de junio de dos mil diecinueve, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, por lo que no es nula, ni tampoco es nulo el juicio oral que le sirvió de fundamento.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro Titular, Sr. Luis Moisés Aedo Mora.

Rol 534 – 2019 PEN.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Rol: 535-2019

Ruc: 1800634678-9

Delito: Robo con fuerza en las cosas en grado de tentado

Defensor: Felipe Saldivia Ramos

19. Rechaza recurso de nulidad impetrado por la defensa. Los hechos descritos permiten dar por acreditada la existencia del ánimo de apropiación. El art. 7 CP no exige que se principie la ejecución de todos los elementos del tipo penal [\(CA Valdivia 07.08.2019 ROL 535- 2019\)](#).

Normas asociadas: CPP ART. 373 b; CP ART.440 N°1; CP ART.144; CP ART.450; CP ART.7

Tema: Interpretación Ley penal; Determinación legal/Judicial de la pena

Descriptor: Recurso de Nulidad; Concurso aparente de leyes penales; Tentativa

Magistrados: Marcia Udurruga Jensen; Gloria Hidalgo Alvarez; Juan Varas Braun

SINTEISIS: Se trata de un recurso de nulidad presentado por la defensa del condenado S.E.R.C. en contra de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, que lo condenó por dos delitos de tentativa de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado y en lugar destinado a la habitación. Refiere que el Tribunal incurrió en una errónea aplicación del derecho, toda vez que debió condenar por dos delitos consumados de violación de morada. La Corte establece que interpretar dicho artículo en la forma que pretende el recurrente vulnera la letra y el sentido de la disposición. Respecto al ánimo de apropiación, señala que si el hechor no proporciona una explicación alternativa satisfactoria respecto a los hechos fundantes, no cabe sino concluir que alguien que se introduce “con forado, fractura, escalamiento (...) en algún aposento, casa, edificio habitado o destinado a la habitación (...)” no puede sino estar intentando robar (Considerando 7º, 8º).

Texto Integro:

Valdivia, siete de agosto de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Valdivia, siete de agosto de dos mil diecinueve.

VISTOS:

En causa rol de ingreso penal de esta Ilustrísima Corte 535-2019, RUC 1800634678-9, RIT O-83-2019 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, con fecha dieciocho de julio de dos mil diecinueve se llevó a efecto la audiencia para conocer el recurso de nulidad interpuesto por don Felipe Andrés Saldivia Ramos, abogado defensor penal público, por su representado Sebastián Eduardo Ramírez Curapil, en contra de la sentencia dictada por la Primera Sala del mencionado tribunal, integrado en su

oportunidad por doña Gloria Sepúlveda Molina, quien la presidió, don Germán Olmedo Donoso y doña Cecilia Samur Cornejo, Jueces Titulares, la última quien tuvo la labor de redactar el fallo. Invoca la causal del artículo 373 letra b) Código Procesal Penal, acusando que en el pronunciamiento de la sentencia, en particular al calificar jurídicamente los hechos probados, se ha hecho una errónea aplicación del Derecho, que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al estimar que se han configurado dos delitos de tentativa de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado y en lugar destinado a la habitación en vez de dos delitos en grado de consumado de violación de morada, lo que incide de manera extremadamente significativa en la imposición de la pena.

OÍDOS LOS INTERVINIENTES y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante la sentencia recurrida se condenó a Sebastián Eduardo Ramírez Curapil como autor material de dos delitos, uno de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, y otro de robo con fuerza en lugar habitado, previstos ambos en el artículo 440 No1 del Código Penal, en grado de tentados, castigados como consumados, a la pena total de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena. Los hechos acreditados, de acuerdo a la sentencia impugnada, fueron los siguientes (Motivo Octavo): “Que, 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 sobre los cuales versan, analizadas y valoradas libremente conforme a la facultad conferida por el artículo 297 del Código Procesal Penal, sin contradecir los principios de la 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: HECHO 1: “El día 29 de junio de 2018, alrededor de las 15:00 horas, el imputado Sebastián Ramírez Curapil, con el objeto de sustraer especies muebles ajenas, se dirigió hasta el domicilio ubicado en Calle Los Avellanos N°382, Isla Teja, Valdivia, lugar donde con un destornillador tipo paleta, adaptado artesanalmente con huincha de embalaje forzó la chapa eléctrica de ingreso de la reja principal con una maniobra tipo “palanca” para, luego ingresar al lugar, dirigiéndose hasta las cabañas que se ubicaban al interior del inmueble, siendo sorprendido en esos instantes por el propietario del lugar, Víctor Raúl Ortiz Bastías, quien llamó a Carabineros y cerró la reja. Una vez sorprendido el imputado, se dirigió nuevamente hasta la reja, señalándole a la víctima que le abriera la puerta y como el afectado no quiso hacerlo, forzó de igual forma la reja y huyó del lugar siendo detenido por personal de Carabineros, encontrando entre sus vestimentas, el destornillador antes utilizado para la comisión del hecho.” HECHO 2: “El día anterior, 28 de junio de 2018, alrededor de las 17:45 horas, el imputado Sebastián Ramírez Curapil, premunido de una mochila y con el objeto de sustraer especies muebles ajenas, se dirigió hasta el domicilio ubicado calle Italia N°1890, Villa Europa, Valdivia, forzando la chapa de la puerta de acceso principal al recinto, dirigiéndose hasta la cabaña D, ubicada al interior de la propiedad, lugar donde el imputado procedió a través de puntapiés ingresar a dicho lugar causando daños en su estructura, y una vez al interior se encontró de frente con la víctima, Daniela Carrasco Delgado, por lo que huyó rápidamente del lugar, con dirección desconocida, sin alcanzar a sustraer especies”.

SEGUNDO: Que la defensa considera que la sentencia comete un error de Derecho al calificar esos hechos como configurando el tipo penal del artículo 440 N° 1 del Código Penal (robo en lugar habitado o destinado a la habitación), en calidad de tentado; en lugar de hacerlos configurar el del artículo 144 del mismo cuerpo legal (violación de morada), en calidad de consumado. El primero de esos preceptos, como se sabe, castiga al “culpable de robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la

habitación o en sus dependencias” con la pena de presidio mayor en su grado mínimo si cometiere el delito: 1o Con escalamiento, entendiéndose que lo hay cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas. (...). En tanto, el segundo penaliza al “que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador”, “con reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.” Agrega el inciso segundo, que sería aquí aplicable, que “si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación, el tribunal podrá aplicar la reclusión menor hasta en su grado medio y elevar la multa hasta quince sueldos vitales.” Esa equivocación, sostiene, resulta particularmente onerosa por la decisión legislativa de castigar como si fuese consumado a esa clase de delitos desde que se encuentren en grado de tentativa (Art. 450 del Código Penal: “Los delitos a que se refiere al Párrafo 2 y el artículo 440 del Párrafo 3 de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa.”)

TERCERO: Que el recurrente ha sostenido que ambos delitos se encuentran en una relación de concurso aparente de leyes penales, dado que unos mismos hechos pueden ser calificados como más de un delito, y apunta que tal problema debió ser resuelto según los criterios de especialidad, subsidiaridad, absorción o consunción y alternatividad. El primer criterio expresa que una figura delictiva especial debe excluir a una genérica, criterio que no aplica al caso. La subsidiaridad -sigue sosteniendo- aplica cuando hay una progresión en la conducta típica en que la punibilidad de la etapa más avanzada impide la tipicidad de las etapas anteriores. La consunción o absorción se presenta cuando un tipo penal tiene una nota característica, que por sí sola constituye otro delito o tipo penal, por tanto, éste último se encuentra consumido por el tipo global que recibe aplicación; y finalmente, la alternatividad aplica cuando no es posible utilizar ninguno de los principios anteriores, eligiendo imponer aquel delito que contempla la pena más grave.

CUARTO: Que, sigue sosteniendo la defensa, en este caso se debió preferir el delito de violación de morada tanto desde la aplicación del principio de subsidiariedad como el de absorción, especialmente ante la ausencia de prueba del ánimo de apropiación por no existir apoderamiento o sustracción de mueble de ninguna especie. En el caso del delito de robo con fuerza en lugar habitado -apunta- la tentativa (según viene legalmente definida en artículo 7o del Código Penal como la situación en que el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento) debe comprender el principio de ejecución de la fuerza tanto como el principio de ejecución de la sustracción. Como en ninguno de los casos concretos de autos ello ocurrió, porque el acusado no alcanzó a sustraer nada, la conducta contraria a Derecho que se le atribuye se consume y agota en un hecho definido fáctica y jurídicamente: la violación de morada.

QUINTO: Que la unanimidad de los integrantes del tribunal *a quo* estimó que los hechos dan cuenta de dos delitos de robo con fuerza, uno en lugar habitado y otro en lugar destinado a la habitación, del artículo 440 N°1 del Código Penal, en grado de ejecución de tentativa, en los términos que señala el inciso final del artículo 7o del Código Penal, desechando explícitamente la tesis de la defensa, misma que esgrime en el presente recurso de nulidad. Ello, porque -sostiene el fallo- tal delito “requiere para su configuración la apropiación de especies muebles ajenas, con ánimo de lucro, obtenidas mediante la utilización de fuerza en las cosas y perpetrado en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias” y “la prueba aportada determinó la procedencia de todos y cada uno de los elementos del delito, en ambos hechos, por los cuales se acusó a Ramírez Curapil”, justificando determinadamente ese aserto en los Motivos Décimo y Undécimo. En relación con la específica cuestión del grado de desarrollo de los delitos, apunta el fallo recurrido que “hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su

complemento. La tentativa no es un tipo punible autónomo, sino una forma de aparición de un delito al que le falta la parte conclusiva”, agregando que “conforme al modelo objetivo-material dominante en nuestra doctrina, se da principio de ejecución a un crimen o simple delito cuando la realización del plan del autor, representa para un tercero imparcial, un peligro para un bien jurídico concreto, ejecutado mediante hechos directos, esto es, objetivamente idóneos para causar el resultado típico.” En el caso concreto, “se acreditó desde el punto de vista subjetivo que la conducta del acusado ha evidenciado el dolo de su querer delictual, apropiarse de especies muebles ajenas por eso y no otra razón, ingresó forzando chapas de los cierros de protección a ambos inmuebles (...) elementos que al Tribunal le permiten concluir que la intención del encartado era la de sustraer especies, no logrando su objetivo ante la presencia de ambos dueños, empero, se dio inicio a su ejecución a ambos delitos, los que se encuentran, como se dijo, en grado de desarrollo tentado. Revela también su propósito apropiatorio su conducta desplegada en dos días consecutivos en el mismo horario y ante un mismo tipo de sitio del suceso, propiedades con cierres eléctricos, donde en la parte posterior existen cabañas.” Finalmente, el Tribunal se hace cargo del debate acerca del artículo 444 del Código Penal, sosteniendo que en el caso *subjudice* se dan los elementos normativos de este artículo que define la tentativa; dotando así con prueba suficiente al indicio inferencial, y provocando en el tribunal la necesaria convicción, más allá de toda duda razonable, que exige el actual sistema procesal penal.

SEXTO: Que, como ha dicho esta Corte con anterioridad (sentencia en Causa Rol 240-2019-Cri), y lo reitera aquí, puede quizá concordarse con el recurrente cuando estima que la sanción legalmente dispuesta para un delito como el de autos parece excesiva, atendidos los resultados finales de la acción delictual concreta, cuando se los tipifica como robo tentado y no como violación de morada consumada. Con todo, la tarea judicial supone un ejercicio de humildad que exige prescindir de la propia opinión cuando se trata de ejecutar la ley como producto de la voluntad soberana del pueblo. Es evidente que los jueces tienen un margen (el de la interpretación razonable) de decisión autónoma dentro de las posibilidades hermenéuticas de la ley, pero deben sentirse atados de manos para escapar del imperio del legislador democrático. Por lo mismo, el ejercicio que cabe hacer frente al presente recurso es discernir si el planteamiento de la Defensa cabe dentro, o excede y queda afuera, del margen interpretativo de la norma legal, vigente en Chile desde 1972.

SÉPTIMO: Que estima esta Corte que interpretar el inciso tercero del artículo 7 del Código Penal de la manera que sugiere la Defensa, esto es, como exigiendo que se comience la ejecución de cada uno de los elementos del tipo penal, vulnera la letra y el sentido de la disposición. En efecto, el legislador dice que “hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento”, y resulta que la hermenéutica propuesta viene a distorsionar el tenor literal de la norma al hacerla decir que sólo hay tentativa cuando se ha dado, al menos, comienzo de ejecución a cada uno de los elementos complementarios del tipo. Por otra parte, una interpretación sistemática de la normativa del código punitivo permite arribar a la misma conclusión. Véase el tipo complejo del artículo 213: “el que se fingiere autoridad, funcionario público o titular de una profesión que, por disposición de la ley, requiera título o el cumplimiento de determinados requisitos, y ejerciere actos propios de dichos cargos profesiones, será penado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales.” Como se puede apreciar, la satisfacción cabal del tipo supone la concurrencia de dos elementos: el fingimiento y el ejercicio de actos profesionales. Con la tesis de la Defensa, el mero fingimiento debiera quedar impune, porque no se ha dado inicio a ningún acto de ejercicio profesional falso. Sin embargo, el propio inciso segundo de la disposición citada advierte que “el mero

fingimiento de esos cargos o profesiones será sancionado como tentativa del delito que establece el inciso anterior.” El artículo 481 contiene una norma de sentido similar: “El que fuere aprehendido con artefactos, implementos o preparativos conocidamente dispuestos para incendiar o causar alguno de los estragos expresados en este párrafo, será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio; salvo que pudiendo considerarse el hecho como tentativa de un delito determinado debiera castigarse con mayor pena.”

OCTAVO: Que, cualquiera sea el actual status normativo del artículo 444 del Código Penal en el contexto del nuevo procedimiento penal, para esta Corte resulta claro que su contenido traduce una evidente máxima de experiencia plenamente vigente: Si el hechor no proporciona una explicación alternativa satisfactoria o creíble, no cabe sino concluir que alguien que se introduce “con forado, fractura, escalamiento, uso de llave falsa o de llave verdadera sustraída o de ganzúa en algún aposento, casa, edificio habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias” no puede sino estar intentando robar. De modo, pues, que si la Defensa del condenado pretendía derrotar esa lógica, y lograr una condena por violación de morada, debía dar una explicación plausible (y probarla), distinta de la intención de robar, para las conductas de su defendido, extremo que no ocurrió. Y evidentemente no ocurrió porque si ya es difícil dar una explicación alternativa para un caso único, es prácticamente imposible para dos eventos de la misma naturaleza en días seguidos respecto de inmuebles y ocupantes distintos. En tal circunstancia, los jueces del grado, aplicando reglas de sana crítica y sentido común, arribaron a la misma conclusión que la contenida en el artículo 444 precitado, y por lo tanto interpretaron correctamente los hechos y los calificaron adecuadamente como tentativa de robo.

NOVENO: Que por todas las razones antes expuestas cabe concluir que no se encuentra acreditada la causal de nulidad del artículo 373 b) del Código Procesal Penal invocada por la defensa en su recurso y, en consecuencia, la sentencia de la instancia no es nula por esa razón, como se declarará en lo resolutive del presente fallo.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373, 374, 375 y 384 del Código Procesal Penal, se declara:

Que **SE RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por don Felipe Andrés Saldivia Ramos, abogado defensor penal público, por su representado Sebastián Eduardo Ramírez Curapil, en causa Rol Corte 535- 2019, RUC 1800634678-9, RIT O-83-2019, en contra de la sentencia definitiva de fecha catorce de junio de dos mil diecinueve, dictada por la segunda sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia.

Regístrese y comuníquese. Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Juan Andrés Varas Braun.

N°Penal-535-2019.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Ruc: 1700966273-1

Rol: 545-2019

Delito: Robo con homicidio; incendio en lugar destinado a servir de morada

Defensor: Renato Jiménez Ramírez

20. Rechaza recurso de nulidad presentado por la defensa. El Tribunal a quo incurrió en una errónea aplicación del derecho al considerar la circunstancia agravante del art. 449bis CP para un delito contemplado fuera del párrafo correspondiente del citado cuerpo legal. No obstante, considerando la gravedad del mal causado, el yerro no influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo [\(CA De Valdivia 06.08.2019 ROL 545-2019\)](#).

Normas asociadas: CP ART.449 bis; CP ART.476 N°1; CP ART.433 N°1; CPP ART. 373 b

Tema: Recursos; Determinación legal/judicial de la pena

Descriptor: Recurso de nulidad; Agravantes; Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal

Magistrados: Mario Kompatzki Contreras; Marcia Undurraga Jensen, Maria Del Río Tapia

SINTESIS: La defensa del condenado P.A.R.S. deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia mediante la cual se le condenó por los delitos consumados de robo con homicidio e incendio en lugar destinado a servir de morada. Señala que el Tribunal incurrió en una errónea aplicación del derecho al aplicar la agravante especial del art. 449bis CP, lo que incide sustancialmente en el cuántum de la pena. El Tribunal de Alzada establece que, en efecto, el tribunal a quo cometió un error de derecho al aplicar dicha agravante a un delito que no se encuentra ubicado en los párrafos 1,2,3,4 y 4bis, por cuanto el tipo penal del art. 476 CP se encuentra ubicado en el párrafo 9, donde lo único que lo une con los ilícitos en que sí procede la agravante, es el título bajo el cual se encuentran regulados, es decir, el Título IX de ese cuerpo legal. Sin embargo, señala, si se elimina hipotéticamente la agravante en estudio, se permitiría la imposición de la pena recorriendo toda la extensión de la misma. Teniendo esto en consideración, y especialmente el razonamiento de los sentenciadores en cuanto a la extensión de mal causado, resulta ser que el error en que se ha incurrido no ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, razón por la cual el recurso es rechazado (Considerando 9º, 11º, 12º).

Texto Integro:

Valdivia, seis de agosto de dos mil diecinueve.

Vistos:

Que en estos antecedentes RUC 1700966273-1, RIT 49-2019 del tribunal de juicio Oral en Lo Penal de Valdivia, ingresada en esta Corte con el Rol N° 545 – 2019, don Renato Felipe Jiménez Ramírez, Defensor Penal Público, en representación de Patricio Alberto Rodríguez Sandalla deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de fecha 15 de junio de 2019, en la cual se condenó a su defendido por su participación en calidad de autor de un delito consumado de robo con homicidio, previsto en el artículo 433 N°1 del Código Penal, a sufrir la pena de Veinte años de presidio mayor en su grado máximo, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena; como también por su participación en calidad de autor de un delito consumado de incendio en lugar destinado a servir de morada, previsto en el artículo 476 N°1 del Código Penal, a sufrir la pena de doce años de presidio mayor en su grado medio, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Funda el recurso invocando la causal del artículo 373 letra b), por haberse aplicado erróneamente la agravante especial del artículo 449 bis del Código Penal. Indica que respecto a su defendido como al coacusado el Ministerio Público invocó las circunstancias agravantes previstas en los artículos 12 N°1, esto es, “cometer el delito con alevosía”, 12 N°12, “ejecutarlo de noche o en despoblado”, 12 N°16 “haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie”, 449 bis “actuar formando parte de una agrupación u organización” y 456 bis N°2, esto es, “ser la víctima anciano o persona en manifiesto estado de inferioridad física”; todas normas del Código Penal. Que los sentenciadores condenaron a su representado como autor del delito de robo con homicidio, y como autor del delito de incendio, estableciendo en su contra la circunstancia modificatoria agravante especial del artículo 449 bis del Código Penal, cuyo efecto fue la aplicación de la pena de 12 años de presidio mayor en su grado medio, para el caso del delito de incendio por el cual se recurre, que en virtud de esta errónea aplicación del derecho debe soportar una pena superior a la que legalmente correspondía aplicar. Sostiene el recurrente, que el error de derecho enunciado, implica haber condenado a su representado, por el delito de incendio a una pena de 12 años de presidio mayor en su grado medio, en circunstancias que de haber aplicado correctamente el derecho habría sido condenado a una pena inferior, toda vez que si bien es cierto la pena asignada al delito mencionado, es de presidio mayor en cualquiera de sus grados, para la aplicación de la pena que se impuso a su defendido, se tuvo en consideración la agravante que erróneamente se tuvo por acogida.

Pide en síntesis que se acoja el presente recurso y en definitiva, procede que en la sentencia de reemplazo que se dicte por la aplicación improcedente de la agravante aplicada, se aplique a su defendido la pena de cinco años y un día, por no existir agravante que considerar en su contra y la aplicación del artículo 69 haber sido ya considerada para la aplicación de la pena del delito de robo con homicidio.

Recurre además de nulidad doña Liana Del Carmen Angulo Carrasco, Defensora Penal Pública, por el sentenciado don **Álvaro Gonzalo Monsalve Fuentealba**, quien se alza en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia con fecha 15 de junio de 2019, en virtud de la cual se condenó a su representado a la pena de veinte años de presidio mayor en su grado máximo, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena; por su participación en calidad de autor en el delito consumado de robo con homicidio, previsto en el artículo 433 No 1 del Código Penal; Se le condena además, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos

políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena; por su participación en calidad de autor en el delito consumado de incendio en lugar destinado a servir de morada, previsto en el artículo 476 No 1 del Código Penal.

El motivo de nulidad es la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, ello por considerar la defensa, que con la dictación de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia ha infringido lo señalado por el artículo 68 bis del Código Penal en relación con el artículo 11 No 9 y artículo 449 bis del mismo cuerpo legal.

1.- Primer error de derecho.

Que si bien reconoce respecto a su representado la atenuante del 11 No 9 del Código Penal, esto es la colaboración sustancial del procedimiento, no califica dicha atenuante. Siendo en el caso de su representado una circunstancia muy calificada.

2.- Segundo error de derecho.

Al establecer como concurrente la circunstancia agravante de responsabilidad penal prevista en el artículo 449 bis del Código Penal, sin la concurrencia de los requisitos.

Esta circunstancia modificatoria fue considerada tanto para la determinación de la pena en el delito de robo calificado contemplado al 433 No 1, como para el delito de incendio perteneciente al artículo 476 N°1, ambas normas del Código Penal.

Respecto del delito de Robo Calificado, el tribunal consideró como elementos definitorios la concurrencia de un delito contemplado por la norma, una estructura a lo menos laxa de coordinación y añadió la existencia de una cierta permanencia en el tiempo. No obstante, la concurrencia de los requisitos de la agravante del artículo 449 bis en la especie, no se desarrolla de forma adecuada a la norma.

Respecto del delito de Incendio, estima que el tribunal yerra de forma manifiesta pues se trata de un delito expresamente excluido por el tenor literal de la norma que contiene la agravante especial, estando fuera de su campo de aplicación.

Estima que la decisión del tribunal, al considerar que concurre la circunstancia agravante del artículo 449 bis y al no reconocer la calificación de la atenuante contenida en el numerando 9 del artículo 11 del Código Penal, ha influido sustancialmente en la determinación de la pena, al impedir la correcta determinación de la misma dentro del grado respectivo, y que, de haber dado por calificada aquella atenuante, habría favorecido al sentenciado con una pena menor que la impuesta, y por tanto, más beneficiosa al condenado.

Pide concretamente se declare nula la sentencia recurrida, dictándose sentencia de reemplazo que, aplicando correctamente el derecho, imponga a su representado la condena de quince años y un día como autor en el delito consumado de Robo con Homicidio, previsto en el artículo 433 No 1 del Código Penal y a la pena de tres años y un día como autor de un delito de Incendio en lugar destinado a servir de morada contemplado en el artículo 476 N°1 del Código Penal, o la que en Derecho Usúa estime pertinente.

Considerando:

En cuanto a la nulidad interpuesta por el sentenciado Álvaro Gonzalo Monsalve Fuentealba.

1.- Que según la defensa, la primera hipótesis de errónea aplicación del derecho que denuncia, estima se produce, al haber renunciado el acusado a su derecho a guardar silencio, prestando declaración, sin que se le reconociera por los sentenciadores la circunstancia minorante de responsabilidad penal de la colaboración sustancial como muy calificada.

Indica que lo ha significado la imposición de una pena más gravosa, lo que constituye un error de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

2.- Que conforme a lo dispuesto en el artículo 372 del Código Procesal Penal, el recurso de nulidad es un mecanismo de impugnación de derecho estricto, pues solamente se

concede para invalidar lo que allí se indica, por las causales expresamente señaladas en la ley, habiendo en este caso invocado la defensa la del artículo 373 letra b) del mismo cuerpo legal; sin embargo, la errónea aplicación del derecho que se imputa, aquí no se divide, teniendo en especial consideración para ello la naturaleza de la norma cuya vulneración se reclama.

3.- Que, en efecto, la norma contenida en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, entrega a la ponderación de los jueces, la calificación de la cooperación prestada.

Consta en el considerando décimo cuarto del fallo recurrido, que se estimó que concurre la atenuante del artículo 11 N° 9, expresando los sentenciadores: *“el tribunal estima que se configura la especie la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, no obstante lo cual, dicha colaboración no tiene las características de relevancia requerida para elevar dicha circunstancia atenuante a la categoría de muy calificada.*

Ello, considerando el conjunto de múltiples e importantes antecedentes de prueba de cargo y que el imputado al declarar, no sólo contribuyó al esclarecimiento de hechos relevantes en ciertos aspectos que resultaron sustanciales, sino que también esbozó argumentos tendentes a eludir la acción de la justicia y a confundir al tribunal con fines exculpatorios o de conseguir un reproche penal menor al que le correspondía por su actuar ilícito.”

4°.- Que en definitiva, la alegación del recurrente, no puede ser entendida como una errónea aplicación del derecho, ya que se está atacando una facultad de ponderación de una circunstancia fáctica, lo que es facultad privativa del tribunal.

Lo anterior, en atención a que los sentenciadores no han obviado ni adicionado elementos foráneos a la atenuante de responsabilidad alegada, sino que se han limitado a verificar la concurrencia de los elementos necesarios para su configuración, dando razones para considerar su concurrencia, pero no la calificación de la misma, cuestión que el legislador entrega a su cualificación prudencial.

5.- No constando que se haya hecho ni exista una falsa aplicación o contravención formal al texto de la ley, ni que se haya vulnerado por el juzgador el verdadero sentido y alcance de las disposiciones legales en cuestión, no se observa una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por lo que no corresponde acoger la nulidad que la parte recurrente pretendía por este fundamento.

6°.- En cuanto a la segunda hipótesis de la errónea aplicación del derecho, esto es, la consideración de la concurrencia de la agravante del artículo 449 bis, respecto de los delitos por los cuales fue condenado su representado, se debe hacer un análisis diferenciado.

En relación al delito de Robo con homicidio, se puede observar, que lo que se pretende atacar por esta vía, es la apreciación que los sentenciadores hacen de la prueba, a fin de tener o no por acreditada la concurrencia de la agravante contemplada en el artículo 449 bis del Código Penal.

Siendo la causal invocada de derecho estricto, no corresponde la alegación formulada, razón por la cual ésta será rechazada, en cuanto a esta fundamentación.

7°.- En cuanto a la configuración de la agravante del 449 bis del Código Penal, en relación al delito de incendio, se tiene presente que el considerando décimo quinto del fallo en comento señala: *“Que, respecto al acusado Patricio Alberto Rodríguez Sandalla no le favorece atenuante de responsabilidad alguna y le perjudica una agravante; mientras al acusado Álvaro Gonzalo Monsalve Fuentealba lo favorece una atenuante y le perjudica una sola agravante –por no concurrir en relación a este delito la agravante del artículo 12 N° 16-. 5o) Que, el Tribunal está facultado para recorrer la pena en toda su extensión, para lo cual se considerará para determinar el quantum de pena, además de las circunstancias modificatorias ya señaladas, que, al trato vejatorio que se le dio a la víctima del robo en vida, se le sumó la carbonización de su cuerpo, más allá de que no está claro*

si los acusados tenían o no, al momento de iniciar el fuego, certeza acerca de la muerte de José Pineda. Adicionalmente, en relación a este delito, la extensión del daño material causado a la propiedad y sus enseres, así como el peligro que genera un incendio de tales características para el entorno y para terceros, considerando las posibilidades de propagación a casas o terrenos vecinos en ese lugar, aconsejan aplicar un mayor reproche punitivo, basado en criterios de justicia y proporcionalidad. La extensión del mal causado en relación a todos los delitos por los que se condenará, fue acreditada con prueba objetiva y con los testimonios de todos los familiares de la víctima que depusieron ante estos magistrados, denotando elevada afectación como consecuencia de los mismos, por lo ignominioso del trato que se le dio a su padre y abuelo, el sufrimiento psicológico a que fue sometido, la sensación de injusticia respecto de una persona mayor que no le hacía mal ni tenía problemas con nadie, quien se encontraba muy próximo a celebrar junto a ellos un nuevo año de vida y con el que todos tenían sin duda una relación habitual, de afecto y cercanía. Resulta ser efectivo, que el delito de incendio por el cual fue condenado Patricio Rodríguez Sandalla, se encuentra sancionado en el artículo 476 N°1 del Código Penal, el que normativamente se encuentra ubicado en el Párrafo 9 del Título Noveno del Libro II del Código Penal, que trata "Del incendio y otros estragos", ubicación que claramente no está dentro de las mencionadas en la agravante aplicada".

8° Que el artículo 449 bis del Código Penal señala: "Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los Párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis de este Título, y del descrito en el artículo 456 bis A, el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquella no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo".

9°.- Que se hace evidente el error de derecho en que incurren los sentenciadores, toda vez que han aplicado la agravante del artículo 449 bis, a un delito que no se encuentra ubicado en los Párrafos 1, 2, 3 4 y 4 bis, como tampoco el descrito en el artículo 456 bis A, por cuanto y como se dijo, el delito del artículo 476 se encuentra ubicado en el Párrafo 9, donde lo único que los une con los ilícitos en que si concurre la agravante, es el Título bajo el cual se encuentran regulados, esto es, el Título IX del Código.

10°.- Sin embargo, y en relación a la procedencia de anular el fallo en estas circunstancias, se debe tener en presente, que el artículo 68 del Código Penal señala : " Cuando la pena señalada por la ley consta de dos o más grados, bien sea que los formen una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o diversos grados de penas divisibles, el tribunal al aplicarla podrá recorrer toda su extensión, si no concurren en el hecho circunstancias atenuantes ni agravantes. Habiendo una sola circunstancia atenuante o una sola circunstancia agravante, no aplicará en el primer caso el grado máximo ni en el segundo el mínimo. Si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Cuando, no concurriendo circunstancias atenuantes, hay dos o más agravantes, podrá imponer la inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley. Concurriendo circunstancias atenuantes y agravantes, se observará lo prescrito en los artículos anteriores para casos análogos."

11°. Que es posible observar, que si se elimina hipotéticamente la agravante del artículo 449 bis del Código Penal, respecto de ambos sentenciados, la sentencia recurrida, en cuanto a la pena por el delito de incendio, resulta dentro de los márgenes legales, toda vez que respecto del sentenciado Álvaro Gonzalo Monsalve Fuentealba, concurriría una circunstancia atenuante y ninguna agravante, lo que obligaría a no aplicar la pena en el máximo y respecto del sentenciado Patricio Alberto Rodríguez Sandalla , la eliminación

hipotética de la agravante permitiría la imposición de la pena, recorriendo toda la extensión de la misma.

12°. Teniendo en consideración lo expuesto, y especialmente el razonamiento de los sentenciadores en cuanto la extensión del mal causado, que detallan en el considerando décimo quinto de la sentencia recurrida, resulta ser que el error en que se ha incurrido al considerar concurrente para la determinación de la pena respecto del delito de incendio, la agravante del artículo 449 bis del Código Penal, no ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, razón por la cual, los recursos interpuestos por ambas defensas serán rechazados.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 11 n°9, 68, 449 bis 373 letra b) y 384 del Código Procesal Penal, **se rechazan los recursos** deducido por las defensas de los sentenciados Álvaro Gonzalo Monsalve Fuentealba y Patricio Alberto Rodríguez Sandalla, por lo que **no es nula la sentencia de quince de junio de dos mil diecinueve**, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Valdivia, en causa RUC 1700966273- 1, RIT 49-2019 del tribunal de juicio Oral en Lo Penal de Valdivia y tampoco es nulo el juicio oral que le antecedió.

Regístrese y comuníquese.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. Marcia Undurraga Jensen. N°Penal-545-2019.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Rol: 554-2019

Ruc:1800775140-7

Delito: Porte y tenencia de elementos conocidamente destinados para cometer delito de robo

Defensor: Oscar Soto Vio

21. Acoge Recurso de Nulidad presentado por la Defensoría. El hecho que sirvió a la condena no se encuentra tipificado en la ley penal ([CA Valdivia 29.07.2019 ROL 554-2019](#)).

Normas asociadas: CPP ART. 373 b; CP ART. 445

Tema: Recursos; Tipicidad del hecho; Calificación jurídica

Descriptor: Recurso de nulidad; Principio de legalidad Penal; Interpretación de la ley Penal

Magistrados: Marcia Undurraga Jensen, Gloria Hidalgo Alvarez, María Piñeiro Fuenzalida

SINTESIS: La defensa interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Garantía de Valdivia que condenó al imputado como autor del delito de porte y tenencia de elementos conocidamente destinados para cometer el delito de robo en grado de ejecución consumado. Estima que el tribunal incurrió en una errónea aplicación del derecho, toda vez que las conductas descritas en el fallo no constituyen el delito previsto y sancionado en el art. 445 CP. El Tribunal de Alzada establece que, en efecto, atendida la ubicación sistemática del art. 445 CP, dentro del párrafo 3º destinado a delitos de robo con fuerza, el objeto material del ilícito no es un elemento idóneo para configurar el delito descrito en la norma citada. Al dictarse sentencia condenatoria por un hecho que no se encuentra tipificado en la ley penal, se ha efectuado una errónea aplicación del derecho que ha influido en lo dispositivo del fallo, por tanto, amerita acoger el recurso de nulidad (Considerando 4º, 5º).

Texto Íntegro:

Valdivia, veintinueve de julio de dos mil diecinueve

VISTOS:

Con fecha diecisiete de julio del año en curso, se llevó a efecto la audiencia ante este Tribunal para conocer del recurso de nulidad interpuesto por el abogado don Oscar Gabriel Soto Vio, por el condenado Patricio Alejandro Ávila Báez en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Garantía de esta ciudad, el diecinueve de junio de los corrientes y por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

OIDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, la sentencia motivo del recurso condenó al imputado, en procedimiento simplificado, como autor del delito de porte y tenencia de elementos conocidamente

destinados para cometer el delito de robo, en grado de ejecución consumado, a la pena de cuarenta y un días de prisión en su grado máximo, sin beneficios.

Segundo: Que, la defensa del imputado funda el recurso de nulidad en la causal establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, porque la sentencia ha realizado una errada aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que las conductas descritas en el fallo no constituye el delito previsto y sancionado en el artículo 445 del Código Penal.

Indica el recurrente que la figura típica contenida en el artículo 445 del Código Penal que transcribe, se encuentra en el Libro Segundo del cuerpo normativo, en el título de los delitos contra la propiedad y es el caso que el objeto material del ilícito, un arma de fogeo, no es un elemento idóneo para configurar tal delito, desde que se trata de un elemento utilizado para cometer delitos de robo con violencia o intimidación, pero no para perpetrar un robo con fuerza en las cosas.

Agrega el recurrente que estima vulnerado el principio de legalidad penal, el cual conlleva como consecuencia para el juez, la prohibición de castigar aquellas conductas que no están estrictamente contenidas en la ley penal.

Tercero: Que, el motivo de nulidad que contempla el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal dice relación en el evento que en la dictación de la sentencia se hubiere efectuado una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, vale decir, es una causal de derecho estricto.

Cuarto: Que, atendido los hechos referidos en la sentencia, se trata de un delito de porte de un instrumento destinado conocidamente para efectuar el delito de robo y sin dar un descargo suficiente.

De esta forma, analizando la norma del artículo 445 del código Penal, para estar en presencia de este ilícito es del todo necesario que concurren dos elementos: que dicho instrumento debe estar destinados, conocidamente, para cometer un delito de robo y, además, que quién lo porte no diere una explicación suficiente.

Respecto del primer elemento, de acuerdo a los hechos que se dieron por acreditados, el requerido al percatarse de la presencia policial dejó “una pistola de fogeo” en el suelo y siguió caminando, de esta manera dicho instrumento no puede ser considerado un “elemento idóneo” para cometer un delito de robo, debido a que no tiene como función primordial vencer resguardos o forzar cerraduras. La conducta típica es la contenida en el artículo 445 del Código Penal que señala: *“El que fabricare, expediere o tuviere en su poder llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su fabricación, expedición, adquisición o conservación será castigado con presidio menor en su grado mínimo”*. Dicha norma se encuentra en el Libro Segundo del cuerpo normativo, en el título de los delitos contra la propiedad, en el párrafo tercero “del robo con fuerza en las cosas”. Por lo tanto, atendida la ubicación sistemática del artículo 445, dentro del párrafo 3o destinado a los delitos de robo con fuerza, el objeto material del ilícito -un arma de fogeo- no es un elemento idóneo para configurar el delito del artículo 445 del Código Penal.

Quinto: Que, al dictarse sentencia condenatoria por un hecho que no se encuentra tipificado en la ley penal, se ha efectuado una errónea aplicación del derecho que ha influido en lo dispositivo del fallo, lo que amerita acoger el presente recurso de nulidad.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 297, 340, 342, 372, 373 letra b), 384 y 385 del Código Procesal, se declara:

Que, se **ACOGE** el recurso de nulidad interpuesto por el abogado don Oscar Soto Vio, por el condenado Patricio Alejandro Ávila Báez, en contra de la sentencia de diecinueve de junio en curso, dictada por el Tribunal de Garantía de esta ciudad, la cual es nula.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se procede a dictar sentencia de remplazo, sin nueva vista, pero separadamente.

Acordado lo anterior con el voto en contra de la Fiscal Judicial doña Gloria Hidalgo Álvarez, quién fue de opinión de rechazar el presente recurso, por los siguientes argumentos:

1.-Es un hecho no controvertido que el día 9 de agosto de 2018, alrededor de las 23.05 horas el requerido, al ver la presencia policial deja un arma a fogueo en el suelo y continúa caminando, al efectuársele un control de identidad, entre sus vestimentas portaba un cartucho similar a la correspondiente pistola.

2.- Se siguió un procedimiento simplificado en contra del imputado y de acuerdo al audio registrado de la audiencia correspondiente, reconoció participación en los hechos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 395 del Código Procesal Penal.

3.- Que, el artículo 445 del código Penal al utilizar la expresión legal “*otros instrumentos conocidamente destinados a cometer el delito de robo*”, para calificar el porte del elemento como ilícito, exige que el mismo haya sido alterado o modificado en su estructura y si bien en el caso se trata de un arma a fogueo, con el cartucho que le fue encontrado entre sus vestimentas al requerido, es dable pensar que se trata de un instrumento destinado, conocidamente, para cometer un delito de robo; en otros términos, el arma a fogueo que el imputado reconoció expresamente que portaba, tiene aptitud para ser utilizado en la comisión de este tipo de ilícito penal, sin que pueda estimarse que la ubicación del tipo penal sólo se refiera a los delitos de robo con fuerza en las cosas.

4.- Que, escuchado el audio de la audiencia respectiva, el imputado no da explicación alguna del porte de dicho elemento, limitándose a decir que reconoce responsabilidad.

5.- En definitiva, el juez a quo ponderó los hechos, dictando sentencia conforme al mérito de los antecedentes, ajustándose al procedimiento y a la norma legal infringida, sin que exista vulneración a lo dispuesto en el artículo 19 N°3 inciso 7° y 8° de la Constitución Política del Estado.

Regístrese y comuníquese.

Redacción de la Fiscal Judicial doña Gloria Hidalgo Álvarez. **RoI 554 – 2019 PEN.**

Valdivia, veintinueve de julio de dos mil diecinueve.

VISTOS:

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se procede a dictar sentencia de reemplazo.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Se reproduce la sentencia enalzada, a excepción del fundamento de condena que consta del registro de audio.

Primero: Que, el tipo penal por el que se ha castigado al imputado, se encuentra comprendido en el artículo 445 del Código Penal que señala “*el que fabricare, expendiere o tuviere en su poder llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su fabricación, expendición, adquisición o conservación, será castigado con presidio menor en su grado mínimo.*”

Segundo: Que, el delito antes señalado se encuentra comprendido en el Código Penal dentro del párrafo N°3 del robo con fuerza en las cosas, razón por la cual estimar que el arma a fogueo que le fuera encontrada resulta adecuada para cometer el señalado ilícito resulta erróneo, porque se trata de un instrumento inidóneo para cometer un delito de robo con fuerza en las cosas, figura típica en la que se encuentra inserta la disposición legal sancionatoria.

Tercero: En consecuencia, se ha vulnerado el principio de la legalidad y se absolverá al requerido, porque el hecho no ha infringido el artículo 445 del Código Penal, teniéndose en consideración lo dispuesto en el artículo 340 del Código Procesal Penal.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos, se declara

Se **ABSUELVE** a Patricio Alejandro Ávila Báez del requerimiento formulado en su contra de ser autor del delito contemplado en el artículo 445 del Código Penal.

Regístrese y comuníquese.

Redacción de la Fiscal Judicial doña Gloria Hidalgo Álvarez. **RoI 554 – 2019 PEN.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Rol: 555-2019

Ruc: 1810036477-4

Delito: Tráfico de drogas

Defensor: César Gárnica González

22. Corte rechaza recurso de nulidad impetrado por defensor privado. La cadena de hechos materia de la investigación excede a la calificación jurídica pretendida por la defensa. El examen de pureza no afecta la tipicidad ni antijuricidad ([CA Valdivia 26.07.2019 ROL 555-2019](#)).

Norma asociada: L20000 ART.1; L20000 ART.3; L20000 ART. 4; CPP ART.373 b

Tema: Calificación jurídica; Valoración probatoria

Descriptor: Recurso de nulidad; Examen de pureza; Tipicidad

Magistrados: Luis Aedo Mora, Juan Correa Rosado, Carlos Gutiérrez Zavala

SINTESIS: Se trata de un recurso de nulidad impetrado por defensor privado en contra de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno que condenó al imputado como autor del delito de tráfico de drogas, previsto y sancionado en el art. 3 L20000. Refiere que los juzgadores incurrieron en una errónea aplicación del derecho al condenar a su representado, pues los hechos materia de la causa debieron ser calificados como Tráfico de pequeñas cantidades de drogas, prevista en el art. 4 del mismo cuerpo normativo. Argumenta que no se ponderó adecuadamente la cantidad, capacidad y aptitud de la sustancia para afectar el bien jurídico protegido. El Tribunal de Alzada establece que el tribunal a quo calificó acertadamente los hechos que sirvieron a la decisión condenatoria, puesto que se enmarcan en una investigación que data de un mes, originada por la denuncia de un tercero, en la que se desplegaron diversas técnicas investigativas -debidamente autorizadas por el Juez- lo que develó un emprendimiento delictual continuo vinculado a la transacción de drogas. Por consiguiente, la cadena de hechos materia de la investigación exceden a la calificación jurídica pretendida por la defensa. Finalmente, señala que el Máximo Tribunal ha sostenido que la pureza de la droga no tiene incidencia en la tipicidad, como tampoco el resultado del examen de pureza influye en la antijuricidad. No corresponde anular la sentencia impugnada, ni dictar una de reemplazo (Considerando 6º, 9º).

Texto Íntegro:

Valdivia, veintiséis de julio de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Que en estos antecedentes R.U.C. N° 1810036477-4, que corresponden a la causa R.I.T. 33- 2019 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, ingresada en esta Corte con

el Rol N° 555 - 2019, el defensor penal privado, abogado don César Gárnica González, en representación del acusado, Rodrigo Quintín Aburto Velásquez, R.U.N. N°14.083.922-1, ha interpuesto recurso de nulidad en contra de la sentencia pronunciada por el aludido Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal, fechada el veinte de mayo de dos mil diecinueve, en aquella parte en que por voto de mayoría le condenó a la pena efectiva de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más multa de 40 Unidades Tributarias Mensuales y accesoria legal de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como de autor del delito consumado de tráfico de drogas, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación al 1°, ambos de la Ley N°20.000, por hecho ocurrido el 11 de agosto de 2018, en la ciudad de Osorno.

En síntesis, la defensa en su recurso solicita la anulación de la sentencia y dictación de una de reemplazo, precisando su fundamento legal en la causal única del artículo 373 b) del Código Procesal Penal, esto es, errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, que plantea desde la vertiente de una errónea calificación jurídica del delito atribuido a su representado, apreciando que no debió ser condenado como autor de tráfico del artículo 3° de la Ley N°20.000, sino de tráfico de pequeñas cantidades de drogas del artículo 4° del mismo cuerpo legal, por considerar que no se ponderó adecuadamente por el voto mayoritario la cantidad, capacidad y aptitud de la sustancia para afectar el bien jurídico de salud pública protegido, precisando que, conforme a sus cálculos, la pureza de la droga, que en sus distintas dosis incautadas osciló entre 10% a 19%, fue por un total de 32,7 gramos punibles (sic), que son los de la sustancia propiamente consagrada en el respectivo reglamento, ya que la restante sólo era constitutiva de adulterantes o abultadores de la droga base (cafeína, lidocaína, bicarbonato, etc.), productos estos que no se encuentran incluidos en la aludida normativa; por tanto, aduce que por esa parte de la conducta no habría antijuricidad y no podría, por ende, sancionarse. Reclama, asimismo, que ello vulneraría el criterio prácticamente unitario de la Excma. Corte Suprema fijado a propósito de la exigencia de idoneidad y capacidad de la sustancia para afectar el bien jurídico tutelado, habiendo esto influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo al haberse condenado por el crimen y no por el simple delito contemplado en la referida ley especial, lo que habría implicado que la pena concreta a imponer a su defendido debió ser de dos grados menos, esto es, de 541 días y no de 5 años (sic), como efectivamente lo fue.

Culmina solicitando la acogida del recurso de nulidad y, en lo pertinente a este recurso, la consecuente dictación de una sentencia de reemplazo, en que se proceda a la recalificación del delito atribuido a su defendido, como una infracción al artículo 4° de la Ley N°20.000.

Ante estrados, en lo medular, se reiteraron los argumentos vertidos por escrito por la defensa.

El Ministerio Público, en tanto, pidió el rechazo del recurso de nulidad interpuesto con la consiguiente confirmación de la sentencia impugnada, por apreciar que la causal alegada no se hallaba configurada, desde que no habría existido errónea aplicación del derecho en el sentido planteado por la defensa, precisando, en suma, que hubo una correcta calificación jurídica del hecho por parte del Tribunal, de suerte que no podía obviarse que la detención del acusado se había producido tras una investigación e interceptación telefónica previa, que daba cuenta de más de 300 transacciones de drogas, independientemente de lo que le fue efectivamente incautado en el momento, como, también, ponderando que la afectación del bien jurídico no se agotaba en la cuantía, sino que debían ponderarse otros factores como: la frecuencia en las transacciones, el tipo de droga, el perfil de los destinatarios, entre otros, además de resaltar que la droga incautada no fue homogénea en su pureza, sin perder de vista tampoco el carácter higroscópico que

presentaba la cocaína, cuyo peso y cualidades variaban a la hora de su análisis por factores ajenos, tales como la humedad que era capaz de absorber. Finalmente, aclara que el criterio sostenido por la Excma. Corte Suprema ha sido uniforme sólo en la confrontación entre droga para el consumo versus para el tráfico, mas no en la que se ha planteado con motivo del recurso, donde han existido fallos diversos.

OÍDOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, según ha quedado precisado en la parte expositiva del fallo, la defensa ha recurrido de nulidad, alegando que en el pronunciamiento de la sentencia en examen habría existido una errónea aplicación del derecho que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, estimando que el yerro habría recaído en calificación jurídica del delito atribuido a su representado, quien no debió ser condenado como autor de tráfico, sino del denominado microtráfico de drogas del artículo 4° en relación al 1° de la Ley N°20.000.

Culmina solicitando la acogida del recurso de nulidad, con la consecuente dictación de una sentencia de reemplazo, en que, procediendo a la recalificación del delito atribuido a su defendido, se aplique una pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, más accesorias legales.

SEGUNDO: Que en este tópico anulatorio es menester dejar esclarecido, que el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal dispone que: *“Procederá la nulidad del juicio y de la sentencia: Cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del Derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”*.

Asimismo, dando cuenta del alcance de dicha causal, debe recordarse que ya tempranamente en sentencia dictada en el Rol N°2095- 2011, con fecha 2 de mayo de 2011, la Excma. Corte Suprema hizo referencia a las directrices fijadas por la doctrina y jurisprudencia en esta materia, indicando que ésta: *“concorre únicamente en los siguientes casos: a) cuando existe una contravención formal del texto de la ley, es decir cuando el juzgador vulnera de manera palmaria y evidente, el texto legal; b) cuando se vulnera el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica que sirvió de base y fundamento para la dictación de una sentencia; y c) cuando existe una falsa aplicación de la ley, situación que se verifica cuando el juzgador deja de aplicar una norma jurídica, cuando resulta realmente pertinente su aplicación”*.

TERCERO: Que, en tal orden de ideas, no es dable olvidar tampoco que para la acertada resolución que ha de recaer sobre esta causal, el recurso de nulidad presenta un carácter estricto y extraordinario: *“lo que impide que el recurrente pueda obviar discrecionalmente la causal específica contemplada en la ley para el defecto o vicio en cuestión, echando mano a una causal más amplia y genérica prevista en el mismo texto”*. Lo anterior se sustenta en fallo pronunciado por la Excma. Corte Suprema, esta vez, en Rol N° 17.014-15, de fecha 17 de diciembre de 2015.

CUARTO: Que, amén de lo anterior, al invocarse la causal de errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, el cuestionamiento únicamente debe dirigirse al contenido jurídico de la sentencia, sin que puedan, mediante esta causal, contrariarse los hechos asentados en el fallo, lo que implica que estos son aceptados como ciertos, constituyendo ellos el límite y marco en torno al cual quien recurre ha de desplegar sus argumentaciones, a fin que el tribunal “ad quem” verifique si efectivamente la sentencia del “a quo” ha incurrido en una contravención formal del texto de la ley, en una vulneración del verdadero sentido y alcance de una norma jurídica que sirvió de base y fundamento para la dictación de la misma o si ha existido una falsa aplicación de la ley.

QUINTO: Que, sobre la base de lo expuesto precedentemente, el análisis de esta Corte debe versar entonces acerca de la causal de nulidad sustentada en errónea aplicación del derecho en que presuntamente habría incurrido el Tribunal de Fondo, centrándose en una

verdadera hipótesis de falsa aplicación de ley, que es lo que se logra dilucidar como el núcleo de lo planteado por la defensa del acusado, Aburto Velásquez, por considerar aquélla, en último término, que no cabía condenarle por el crimen consumado de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, sino más bien por el simple delito, igualmente consumado, de tráfico de pequeñas cantidades de aquellas mismas sustancias, esencialmente ponderando el cotejo entre la cantidad y calidad o pureza efectiva de la droga incautada con motivo del procedimiento que tuvo lugar, tanto al momento de detenerle, como de ejecutar una entrada y registro domiciliario, habiendo contado con la debida autorización judicial.

SEXTO: Que, en este sentido, dado el carácter estricto del arbitrio que nos ocupa y teniendo en cuenta que en su virtud, según se ha expuesto, no pueden modificarse los hechos que el Tribunal ha dado por asentados y que se tienen por ciertos, merced a la apreciación directa e inmediata que ha tenido del material de discusión y prueba que formó parte del juicio, de lo que adolece esta sede jurisdiccional; logra advertirse que el fundamento del recurso resulta ser más aparente que real, por cuanto es inconcuso que los Sentenciadores cuyo fallo se analiza, precisamente al efectuar el asentamiento fáctico que tuvieron por demostrado, dejaron establecido al inicio del lato considerando octavo de su dictamen, en lo pertinente, lo siguiente: *“A raíz de interceptaciones telefónicas a un teléfono celular del acusado Rodrigo Quintín Aburto Velásquez, debidamente autorizadas judicialmente y en el marco de la investigación iniciada en la presente causa, se tomó conocimiento por Carabineros de la participación del referido imputado en actividades de venta de droga en diversos días de los meses de julio y agosto del año 2018. Conforme lo anterior, el 11 de agosto del año 2018 fue controlado por funcionarios de Carabineros en los alrededores de las calles Mackenna con Portales de la ciudad de Osorno, a bordo del vehículo P.P.U. CRVS.62, transportando clorhidrato de cocaína al interior del mismo y entre sus vestimentas, particularmente, 24,58 gramos neto (14% pureza) y 5,93 gramos neto (15% pureza), respectivamente. Acto seguido, previa autorización judicial, personal de Carabineros ingresó a la vivienda del imputado ubicada en la ciudad de Osorno, calle San Francisco, sin numeración a la vista, encontrando sobre un refrigerador y en un dormitorio del inmueble, 101,65 gramos neto (19% pureza) y 108,99 gramos neto (10% pureza), respectivamente, de clorhidrato de cocaína, además, de una cuchara, una pinza, una balanza y rollos de bolsas de nylon, todas especies para la dosificación de la droga; y un revólver a fogueo que mantenía en su interior 07 municiones calibre .22 sin percutir. Las municiones y la droga las tenía el imputado sin contar con las competentes autorizaciones.”*

En este orden de ideas, no puede escindirse de este establecimiento factual ni siquiera al magistrado que sostuvo un voto minoritario, toda vez que, de la lectura de su motivación exclusiva, se desprende que los mismos hechos son reinterpretados por éste dándoles una calificación diversa, concordante en algo con la pretendida ahora por el recurrente, aun cuando por otras consideraciones.

De este modo, diáfano resulta colegir que lo que en la sustancia del fallo condenatorio se ha dado por probado es que había existido un emprendimiento delictual continuo vinculado a la transacción de drogas, que había sido originado por denuncia efectuada por un tercero y que venía indagándose desde hacía aproximadamente un mes, en que se había logrado, vía interceptación de comunicaciones telefónicas realizadas al acusado, descubrir centenares de contactos relativos a encubiertas operaciones de encargo, compra y venta de sustancias estupefacientes, de manera tal que la incautación de cantidades variables de clorhidrato de cocaína el día 11 de agosto de 2018, data de la detención y de la entrada y registro domiciliario, sólo pasaba a ser un episodio puntual en la cadena de acciones ligadas a la consumación de este plurihipotético delito atentatorio contra la salud pública.

SÉPTIMO: Que lo afirmado precedentemente queda refrendado en forma fehaciente con la reproducción y análisis, tanto particularizado como global de la profusa prueba rendida en el juicio, efectuada en el mismo raciocinio octavo, que incluyó contestes deposiciones de tres funcionarios policiales: don Juan Burgos Salas, don Guillermo Solís Angulo y don Hugo Castro Opazo, todos quienes dieron coincidente cuenta del procedimiento policial del cual estuvieron a cargo y que culminó en la captura en vía pública del encausado, a bordo de un vehículo, portando y transportando, así como guardando en su domicilio droga, toda del tipo clorhidrato de cocaína, en diversas cantidades y con diverso grado de pureza, testimonial que se hallaba conforme con las demás pruebas del proceso, incluidos los respectivos protocolos de análisis e informe de efectos y peligrosidad de la sustancia aparejados.

En base a este solo predicamento decae, de suyo, la conclusión del defensor, abrigada al alero de una premisa fáctica que diverge del aspecto sólo parcial escogido por éste y relevado en su recurso, basado exclusivamente en factores ligados a la cuantía de la droga en concreto incautada con motivo del procedimiento materializado el día 11 de agosto de 2018 y, acorde a su pureza, susceptible de ser perseguida penalmente por cuadrar con las sustancias prohibidas consideradas en el reglamento de la Ley N°20.000; prescindiendo, no obstante, de todo el contexto con que los Juzgadores se preocuparon de rodear a ese episodio puntual, marco nítidamente revelador de una actividad que rebasaba el limitado hallazgo referido para decantar en la conducta ilícita meramente residual de menor gravedad.

Así, pues, no puede mover a extrañeza la congruente calificación jurídica del delito efectuada por los Sentenciadores en el considerando noveno del fallo, a base del hecho asentado e inmodificable por la vía de este ítem invalidatorio, pudiendo la reflexión desarrollada bastarse a sí misma para desestimar el supuesto vicio infractor denunciado.

OCTAVO: Que, sin perjuicio de lo expuesto y no obstante haber podido fundarse la defensa en una causal de invalidación diversa, encaminada a controvertir más bien la forma cómo se razonó en la sentencia y se apreció la prueba rendida en juicio para arribar a la figura delictual determinada, la que no fue invocada y, por tanto, queda fuera del alcance de la decisión de este Tribunal, debe reforzarse que en la misma motivación octava de la sentencia, tantas veces citada por constituir el meollo de la argumentación, al ocuparse de las disquisiciones de esa parte, se efectuó una acabada descripción y análisis de las fundamentaciones por las que se alcanzó la convicción en torno a la calificación del delito como un tráfico y no microtráfico de drogas, así como al vínculo del imputado con la totalidad de la droga, sosteniéndose: *“Los antecedentes y premisas antes consignadas en general no fueron controvertidos, limitándose la discusión particularmente a dos aspectos. El primero, a la calificación jurídica de uno de los ilícitos por los que se acusó en la presente causa y el segundo, a la vinculación del imputado con la totalidad de la sustancia ilícita y con las municiones.*

Sobre el primer punto, la prueba aportada y particularmente la relativa a las interceptaciones telefónicas permiten sostener que el acusado participaba en actividades de tráfico de droga, en la especie, clorhidrato de cocaína. En dicho marco y como lo señala uno de los funcionarios investigadores, se pesquisaron más de trescientas llamadas telefónicas en un periodo algo superior a un mes y en algunas de dichas conversaciones se da cuenta de la intervención de otros sujetos en la venta final, concertados con el acusado. Ello, unido a la cantidad de sustancia ilícita y la forma de distribución, orienta a un escenario que excede una actividad residual como la exigida para considerar el actuar del acusado como un tráfico de pequeñas cantidades de droga.

En relación al segundo punto, los antecedentes aportados por el persecutor penal, conforman una serie de elementos directos e indirectos, que a juicio de los sentenciadores, vinculan o relacionan, más allá de toda duda razonable, al imputado con

la totalidad de la droga y con las municiones.” En este último punto se consideró, entre otros, las interceptaciones telefónicas mencionadas, más los hallazgos coincidentes del teléfono celular y de drogas en las vestimentas, vehículo y domicilio del acusado.

NOVENO: Que, en suma, de una atenta e íntegra lectura del fallo cuestionado no se aprecia presente el error en la aplicación del derecho que se denuncia, desde que la construcción de la censura calificadora delictual ha fluido con sesgo, a partir de una conveniente selección incompleta de los hechos que fueron materia de acusación y, más tarde, del establecimiento jurisdiccional por fundada apreciación de los medios de prueba acopiados, que derivaron en la convicción de los adjudicadores penales; sin que obste a ello el conocido criterio emanado de algunos pronunciamientos emanados del Máximo Tribunal de la República sobre la materia, pues aquéllos han solido estar enfocados en situaciones que involucran hallazgos concretos o aislados de droga sin procesos previos de indagación, o bien, enmarcados en un claro tráfico cuantitativamente disminuido y hasta a veces continuado, en el límite de la falta de consumo, donde el informe de pureza no ha sido suficiente para reputar la idoneidad de la sustancia a incluir como objeto dentro de la tipicidad o con aptitud para atentarse contra el bien jurídico protegido por la norma, dentro de la antijuricidad material por ausencia de lesividad de la conducta juzgada, lo que ha hecho reconducir hacia la figura menor e inclusive llegar hasta la absolución, cuando esos factores no han sido probados; cuyo no ha sido el caso de autos, atento a lo ya expresado.

Amén de lo reseñado, no puede obviarse que ha sido ese mismo Tribunal el que ha sostenido en otras sentencias que la pureza de la droga no tiene incidencia en la tipicidad, conforme a las normas base de las respectivas figuras delictivas (artículo 1, en relación al 3 ó 4, todos de la Ley N°20.000), como tampoco el resultado del protocolo de análisis influye en la antijuricidad, en los términos que prescribe el artículo 43 de igual texto especial, al encontrarse este último entre las normas que regulan la competencia del Ministerio Público, por tanto, destinadas a asegurar un mejor resultado de la investigación; de manera tal que factores como: composición, peso, cantidad o grado de pureza, sólo contribuyen a un mejor conocimiento que el Tribunal podrá adquirir acerca de las propiedades de la respectiva droga, mas no a considerar que la sustancia que configura el ilícito deje de ser tal.

Criterios en uno u otro sentido son susceptibles de apreciar en su propio contexto, entre otros, en los Roles N°4215-2012, N° 21.599-2014, N°25.488-2014, 3421-2015, 3707-2015, 19.722-2015, 15.607-2017 y N°10.197-2017.

DÉCIMO: Que, como corolario de lo reseñado y en decisión compartida por esta Corte, es dable sostener en propiedad que el encuadre jurídico realizado por el tribunal del grado, en su voto mayoritario, ha sido acertado, en razón de lo cual no se avista fructífero ocuparse de la manera cómo aquello pudo haber influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo; por lo que no corresponderá anular la sentencia, así como tampoco dictar una de reemplazo, toda vez que en relación con el sustentado capítulo del recurso habrá de tener cabida su desestimación en lo resolutivo.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372 y 384 del Código Procesal Penal, **se RECHAZA** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado, Rodrigo Quintín Aburto Velásquez, por lo que la sentencia de veinte de mayo de dos mil diecinueve, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, no es nula.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Rol: 557-2019

Ruc: 1800236101-5

Delito: Robo con fuerza en lugar destinado a la habitación

Defensor: Carlos Matamala Troncoso

23. Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa. El desistimiento se configura cuando el sujeto se abstiene voluntariamente de proseguir ejecutando una acción, en circunstancias que podría continuarla ([CA Valdivia 09.08.2019 ROL 557 -2019](#))

Normas asociadas: CPP ART.373 a; CPP ART.374 e; CPP ART.342 c; CPP ART.247; CPP ART.373 b; CP ART.7

Tema: Recursos; Desistimiento; Tentativa inidónea

Descriptores: Recurso de nulidad; Tentativa

Magistrados: Marcia Undurraga Jensen; Gloria Hidalgo Álvarez; Mauricio Fehrmann Miranda

SINTESIS: Defensa recurre de nulidad en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia que condenó a los imputados M.A.V.H. y A.S.V.R. como autores del delito tentado de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación. La Corte establece que el Tribunal ha aplicado correctamente el art. 7 CP, pues los agentes dieron principio de ejecución del ilícito mediante hechos directos, necesarios para poner en marcha un curso causal apto para producir el hecho típico, el que no logra consumarse por la presencia de testigos. El desistimiento es voluntario si el sujeto se abstiene de seguir ejecutando la acción, en circunstancias que habría podido continuarla. En ese sentido, la sentencia impugnada no establece que los acusados desistieran voluntariamente de ingresar al inmueble, sino que lo hicieron al percatarse de la presencia de testigos. Ello es suficiente para rechazar las alegaciones de la defensa (Considerando 13º, 14º).

Texto Integro:

Valdivia, nueve de agosto de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Con fecha veinticinco de julio del presente año se realizó la audiencia respectiva para conocer el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los imputados Miguel Ángel Vilches Hidalgo y Ángel Steven Vilches Romo, representada por el abogado defensor penal privado Carlos Matamala Troncoso, en causa RIT 31-2019, RUC 1800236101-5 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, en contra de la sentencia de fecha veinticinco de mayo de dos mil diecinueve, que –en lo que interesa al recurso- condenó a Vilches Hidalgo a la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo y a Vilches Romo a la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, ambos más accesorias legales, en su calidad de autores de un delito tentado de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación haciendo uso de llaves falsas o verdaderas que hubiere

sido substraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo, previsto y sancionado en el artículo 440 N° 2, en relación al artículo 432 del Código Penal, cometido en perjuicio de la residente del departamento 601 –que correspondería a Patricia Freund Newmann- de uno de los edificios ubicados en el Condominio Isla Teja de Valdivia; perpetrado aproximadamente a las 17:40 horas del día 08 de marzo de 2018 en dicha ciudad.

OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que, la defensa invoca, en primer lugar, la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, reconducida por la Excma. Corte Suprema a la causal del artículo 374 letra e) del texto legal citado. Comienza su arbitrio aseverando que se infringió el debido proceso al exigirse que los acusados prueben su inocencia, relevando al Ministerio Público de su principal deber como ente persecutor de acreditar los elementos del delito y la participación criminal de los inculpados, pese a que dispone de las facultades, estructura y medios suficientes para hacerlo. Agrega que se vulneró la presunción de inocencia de los acusados. Reproduce los considerandos noveno y duodécimo de la sentencia censurada. Cita jurisprudencia en apoyo a sus asertos. Concluye afirmando que los actos preparatorios no eran aptos para la ejecución del delito por el que fueron condenados, pues las llaves incautadas no permitían vulnerar la esfera de resguardo, habida consideración que los acusados desistieron de su conducta punible al ser sorprendidos por otro habitante del mismo condominio.

En subsidio, alega la concurrencia en dos capítulos distintos del motivo de anulación contemplado en el artículo 374 letra e) del Código de Procesal Penal, esto es, *“cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)”*. La defensa inicia su primera exposición reproduciendo extensamente doctrina y jurisprudencia en relación a la motivación de las sentencias, sus requisitos y las exigencias previstas en las letras c) y d) del artículo 342 del Código Procesal Penal, que estima incumplidas porque, a su juicio, el tribunal no realizó una exposición clara, lógica y completa de los elementos probatorios aportados por las fuentes de prueba de cargo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal. Aduce que el tribunal no expuso claramente los hechos y circunstancias que dieran por probada la participación de los acusados, pues todos los relatos de los testigos dan cuenta que las acciones desplegadas por los imputados no fueron suficientes para abrir la puerta del departamento que se dice fue objeto material del delito y, por ende, la sentencia no fundamenta adecuadamente las alegaciones de la defensa en torno a la tentativa inidónea. Del mismo modo, no hay referencia probatoria que acredite la existencia de actos ejecutivos idóneos para completar los elementos objetivos del tipo penal. Arguye que tampoco existe referencia al desistimiento de los imputados ni al contenido de la prueba de cargo.

Posteriormente, invoca como tercer motivo de nulidad y segundo capítulo de infracción por el mismo motivo de anulación, esto es, el previsto en el artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) y 297 del Código Adjetivo Penal. Reitera la importancia de la fundamentación de las sentencias, que vuelve a desarrollar citando jurisprudencia. Transcribe parcialmente el considerando décimo de la sentencia impugnada y concluye que la descripción de los hechos permite tener por acreditada la tentativa inidónea y el desistimiento alegado.

Por último y en subsidio de todo lo anterior, deduce la causal de errónea aplicación del derecho contemplada en el artículo 373 letra b) del mismo cuerpo legal, en relación a los artículos 1 y 7 del Código Penal. Funda este motivo anulatorio en que se está presencia de una tentativa inidónea y no frustración, porque ninguna de las llaves incautadas era adecuada para abrir alguna de las dos chapas de la puerta del departamento, habida cuenta que no se acreditó la existencia de fuerza suficiente para considerar que, de no haber mediado la intervención de terceros, hubieran obtenido el resultado. Asimismo,

estima que se configura la infracción de ley alegada por la no consideración del desistimiento en la comisión del delito.

Concluye solicitando se anule el fallo, ordenando la realización de un nuevo juicio oral, en virtud de las primeras tres causales esgrimidas. En subsidio, pide solo la anulación de la sentencia y la correspondiente sentencia de reemplazo absolutoria.

SEGUNDO: Que, de una lectura atenta de las tres primeras causales de nulidad ejercidas por la defensa y lo resuelto por la Excma. Corte Suprema al reconducir la causal de nulidad para el conocimiento de esta Corte, surge que se fundan en el mismo motivo de anulación -artículo 374 e) del Código Procesal Penal- ya que en todos los casos la falla atribuida al tribunal consiste en una fundamentación deficiente de la sentencia en orden a alcanzar la convicción condenatoria, por las razones que desarrolla en cada uno de los motivos de nulidad ejercidos.

En consecuencia, se analizaran conjuntamente.

TERCERO: Que, la causal de nulidad del artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal, protege la garantía de la sentencia fundada -incardinada en la garantía del juicio previo, oral y público- y la razonabilidad de la misma, en la medida que la libertad de valoración de la prueba no puede contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, tal como establece el artículo 297 del Código ya citado. (Horvitz, María y López, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 419- 426).

En efecto, la causal en análisis, posee una doble finalidad, por un lado, el control de la forma en que los jueces dan por acreditados los hechos, pues la libre apreciación de la prueba admite la revisión del respeto a los límites impuestos por las reglas de la sana crítica, sin que en ello implique un control sobre los hechos, sino sobre el cómo llegaron a ellos los jueces del tribunal oral; y, por otro, el cumplimiento del deber de motivar las sentencias, en términos que dicha fundamentación sea suficiente para explicar el razonamiento que los sentenciadores han utilizado en sus conclusiones. En este sentido, la Excma. Corte Suprema, ha señalado que toda sentencia *“...debe razonar y exponer los fundamentos en que se apoya, justificar con rigor intelectual la corrección de la decisión adoptada, fijar los hechos y establecer el derecho aplicable. Motivar la decisión sobre los hechos significa elaborar una justificación específica de la opción consistente en tener algunos de éstos por probados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos contradictoriamente en la litis. Tal deber apunta no sólo a hacer inteligible la decisión, sino también a asegurar un modo de actuar racional en el terreno previo de la fijación de las premisas fácticas del fallo”*. (Rol 790-2013, 1 de abril de 2013).

En consecuencia, la obligación de fundamentación se refiere no sólo a los medios de prueba que sirven al establecimiento de los hechos sino también a toda la prueba que se hubiere rendido, sea que se relacione con estos hechos o que formen parte de la teoría del caso de los intervinientes, de modo de explicitar a las partes el razonamiento que lleva al tribunal a desechar su prueba o alegaciones.

CUARTO: Que, tal como ha sostenido la Excma. Corte Suprema a fin de que el tribunal de nulidad *“...se encuentre en condiciones de efectuar un control sobre las reglas de la valoración de la prueba en la fundamentación de la sentencia penal, resulta indispensable que la parte recurrente precise al momento de formalizar su recurso las reglas fundamentales de la lógica, de la ciencia y de la experiencia que habrían sido incumplidas por los jueces de la instancia, límites de ponderación que tradicionalmente se han entendido referidos a las leyes de coherencia y derivación y a los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente”*. (Rol 14.639-2015, 4 de noviembre de 2015).

Consecuentemente, resulta insuficiente que el recurrente afirme que en la sentencia se incumple el deber de fundamentación si no se dota de contenido a dicha afirmación, y en

tanto el recurso no satisface la citada exigencia, ello se erige como razón suficiente para el rechazo de la causal en análisis.

QUINTO: Que, no obstante lo expuesto y haciéndose cargo de la causal invocada, cabe tener presente que como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, en el sistema procesal penal se erige como principio fundamental que el análisis de las probanzas corresponde a los Jueces de la instancia, carácter que no inviste la Corte de Apelaciones respectiva cuando procede al conocimiento de un recurso de nulidad, de manera que no es posible acceder hasta la revisión de los hechos que se han dado por establecido por los jueces de la instancia, en la valoración de los antecedentes probatorios que le entregan las partes intervinientes en el proceso.

El tribunal en el considerando noveno da por establecidos los hechos en orden a que *“Que el día 8 de marzo del año 2018, alrededor de las 17:40 horas, con intención de sustraer especies mediante el uso de llaves falsas y una credencial que simulaba corresponder a la empresa Entel, Miguel Ángel Vilches Hidalgo y Ángel Steven Vilches Romo, se dirigieron hasta el Condominio Isla Teja, ubicado en calle Los Robles N° 755 de Valdivia. Al llegar al lugar, en circunstancias que el conserje salió a botar basura, ingresaron dirigiéndose hasta el interior de uno de los edificios, específicamente al departamento N° 601 que servía de domicilio a Patricia Elcira Freund Neumann pero que no se encontraba ahí en ese momento, procediendo a golpear la puerta de ingreso a la vivienda, varias veces. Acto seguido, al verificar los acusados que no salía persona alguna desde el interior, con la intención de ingresar a dicho departamento utilizaron las llaves falsas que portaban con las cuales trataron insistente y tenazmente abrir la puerta, hasta que en un determinado momento, al percatarse de que habían sido sorprendidos en dichas maniobras por personas que estaban en el lugar, procedieron a intentar hacer abandono del mismo, siendo sorprendidos y controlados por personal de Carabineros aún dentro del Condominio, específicamente en el sector de estacionamientos. Durante el control policial antes referido, al registrar las vestimentas de los acusados, personal de Carabineros encontró en una mochila que en ese momento portaba Angelo Steven Vilches Romo 4 manojos de llaves y otras sueltas, todas de cerraduras de puertas de domicilios, con un total de 73 llaves, además de la credencial falsa de la empresa Entel ya referida. Al momento de su detención, en horas de esa tarde del mismo día 8 de marzo del año 2018, el acusado Miguel Ángel Vilches Hidalgo usaba un calzoncillo tipo slip y una camisa, las que fueron reconocidas el mismo día por Patricio Baselli Gonçalves como de su propiedad; las cuales le habían sido sustraídas junto a un sinnúmero de otras especies de valor desde el interior de su domicilio particular en horas de la tarde del día 5 de marzo de 2018, de lo cual se percató al regresar a su hogar realizando la correspondiente denuncia por el delito de robo ese mismo día”.*

SEXTO: Que, de la atenta lectura de la sentencia recurrida, en especial, los razonamientos señalados en los fundamentos quinto, séptimo, décimo, undécimo y duodécimo, no se vislumbra, en manera alguna, que ella adolezca de falta de valoración de la prueba rendida, ni de ausencia de fundamentación; por el contrario, se ha realizado una adecuada valoración de todos los medios de prueba que han fundamentado la decisión de condena y se ha explicitado el razonamiento por el que se desecha la prueba de descargo, de acuerdo al mandato del artículo 297 del Código Procesal Penal.

Asimismo, el tribunal fundamenta adecuadamente y con rigor intelectual la desestimación de las alegaciones de la defensa en el considerando décimo, haciéndose cargo de la tentativa inidónea alegada, que consiste –en síntesis- en que los dichos del testigo Juan Carlos Lagos Hernández derrumban la tesis defensiva y deja en evidencia las faltas a la verdad en lo declarado por ambos acusados en juicio respecto a que sólo se intentó meter llave pero no se hizo porque terceros los habían visto, lo que los obligó a desistir y retirarse.

En el basamento undécimo, los sentenciadores agregan que el grado de ejecución del delito es tentado, porque *“los imputados ya habían vulnerado la esfera de resguardo perimetral del departamento al que luego intentaron ingresar con la intención de sustraer especies desde su interior, para lo cual hicieron utilizaron una credencial falsa de la empresa Entel y, asimismo, uso persistente de distintas llaves falsas o previamente sustraídas, introduciéndolas en la chapa y aplicando fuerza física a la puerta de ingreso al departamento 601 del inmueble vulnerado, no pudiendo perseverar en sus intentos de ingreso por la fuerza sólo por cuanto los acusados se percataron de la presencia de testigos que los habían visto durante su proceder irregular, motivo por el cual intentaron irse del lugar, viendo frustrada su huida por la oportuna llegada de Carabineros”*.

Todo ello permite desechar la falta de fundamentación alegada.

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

En efecto, el recurso se cimenta sobre la base de circunstancias fácticas no acreditadas, en el sentido que a juicio de la defensa la prueba de cargo sería insuficiente para establecer los hechos contenidos en la acusación, sin embargo, del análisis del dictamen censurado, surge que los juzgadores extraen sus conclusiones a partir de una ponderación probatoria distinta a la propuesta por la defensa, lo cual como se dijo, no configura el vicio en análisis.

Luego, tampoco se aprecia atentado al artículo 297 del Código Procesal Penal, ya que las alegaciones de la Defensa no alcanzaron a instalar una duda razonable que llevase a la absolución de los acusados, haciéndose cargo con la necesaria fundamentación de las razones que tuvo en vista para descartar los aspectos anotados por la defensa y por qué razón no fueron de la entidad suficiente para afectar la convicción condenatoria.

En suma, aquellos aspectos que la defensa presenta como atentados a las máximas de la experiencia, principios de la lógica y conocimientos científicamente afianzados, constituyen sólo su visión de la prueba rendida.

OCTAVO: Que, en cuanto al vicio de invalidación invocado, en relación a los requisitos de la sentencia contemplados en las letras c) y d) del artículo 342, en virtud de la cual la defensa denuncia una falta de exposición y fundamentación de las razones por las que se desecha la tesis absolutoria de la defensa, será desestimada atendido las mismas razones consignados en los fundamentos precedentes. Otro tanto ocurre con las alegaciones vinculadas con la falta de fundamentación de la sentencia en relación a la prueba rendida en el proceso, aspecto que ya fue desechado en los considerandos anteriores.

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

DÉCIMO: Que, respecto a la causal ejercida en forma subsidiaria a las anteriores, es conveniente resaltar que, según la doctrina, la transgresión de derecho puede ocurrir de las siguientes formas: contraviniendo la ley formalmente, interpretándola erróneamente o haciendo una falsa aplicación de ella. Además, conforme al principio de trascendencia, imperante en toda nulidad, la infracción de ley debe resultar determinante en el

razonamiento y decisión del fallo, pues de lo contrario, no tendría la influencia sustancial que la ley requiere para la procedencia del recurso.

Por último, la causal esgrimida recae exclusivamente sobre aspectos de derecho, no pudiéndose alterar por intermedio de ella los hechos de la causa, cuyo conocimiento se encuentra vedado a esta Corte, siendo la ley procesal penal especialmente cuidadosa al prescribir la imposibilidad de modificar los hechos que tuvo por acreditados el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

DÉCIMO PRIMERO: Que, la defensa alegó la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo resolutivo del fallo, en relación a los artículos 1 y 7 del Código Penal, al haber rechazado la tentativa inidónea y no haber considerado el desistimiento de la comisión del delito.

Sin embargo, de una lectura atenta del recurso de nulidad intentado, se observa que lo denunciado por la defensa como error de derecho fue la forma en que el tribunal razonó para tener por acreditado los presupuestos del delito tentado, ya que -a su juicio- los hechos probados dan cuenta que la conducta de los acusados nunca llevarían a la producción del resultado típico, pues *“El Tribunal dejó debidamente acreditado que no la puerta y su chapa del departamento no sufrió alteración alguna, y por otro lado ninguna de las llaves incautadas fue suficientemente periciada para determinar que tenían la aptitud suficiente para conformar alguno de los elementos objetivos del tipo penal por los cuales fueron acusados y condenados, y que el resultado típico no se verifique por circunstancias ajenas a la voluntad del autor es uno de los elementos relevantes para entender a la tentativa como un adelantamiento de la punibilidad...”* (sic).

DÉCIMO SEGUNDO: Que, tal como se dijo en el considerando sexto de esta sentencia, el tribunal se pronunció sobre la valoración de los medios de prueba en su conjunto para descartar la tesis absolutoria de la defensa, estimando la prueba como suficiente para adquirir convicción condenatoria sobre la base del establecimiento de la ocurrencia de los hechos que dejó asentados en su motivación novena, lo que, como se adelantó, la causal ejercida no permite modificar. Y ocurre que los hechos acreditados no lograron establecer fehacientemente la existencia de la falta de idoneidad de la tentativa, ni se dieron por ciertos hechos que permitan afirmar el desistimiento invocado.

Luego, lo que el recurrente reprocha son las conclusiones fácticas alcanzadas por los jueces de la instancia. Siendo la infracción de derecho argumentada una que se refiere a la forma en que el tribunal tuvo por acreditado el grado de ejecución del delito y no, en cambio, a la contravención de una norma jurídica vigente, esta Corte no puede estudiar la verosimilitud de tales alegaciones, ya que no dicen relación con aspectos de derecho sino con la forma en que el Tribunal adquirió la convicción condenatoria y, por ende, se trata de cuestiones relativas a la apreciación y valoración de la prueba, lo que ha de generar necesariamente el rechazo del recurso por este motivo.

DECIMO TERCERO: Que, no obstante lo expuesto y haciéndose cargo de las alegaciones de la defensa, el tribunal no ha efectuado una interpretación errónea del derecho, toda vez que se ha aplicado correctamente el artículo 7 del Código Penal, pues los agentes dieron principio de ejecución del ilícito por hechos directos, tendientes a la perpetración del mismo, pero le faltaron otros para su complemento, como la apertura de la puerta y la introducción al interior del inmueble, que de haber ocurrido habría pasado a la etapa de frustración. En efecto, los imputados vulneraron la esfera de resguardo perimetral del departamento y usaron persistentemente distintas llaves falsas o previamente sustraídas, introduciéndolas en la chapa y aplicando fuerza física a la puerta de ingreso al departamento 601 del inmueble vulnerado. Así, realizaron los actos directos necesarios para poner en marcha un curso causal apto para producir el hecho típico querido, el que no logra consumarse por la presencia de testigos y no porque la acción en

ningún caso fuese posible, acorde con la naturaleza del objeto al que se dirige o los medios con los que fue comenzado.

DÉCIMO CUARTO: Que, por otro lado, el desistimiento es voluntario si el sujeto no desea llegar al final, aunque podría lograrlo, es decir, cuando el sujeto no persevera en la realización de la acción (se abstiene de proseguir ejecutándola), en circunstancias que habría podido hacerlo y consumar el delito con posibilidades de éxito. En este orden de ideas, la sentencia no establece que los acusados desistieran voluntariamente del propósito de ingresar al inmueble, por el contrario afianza el hecho que no pudieron perseverar en sus intentos de ingreso por la fuerza, porque se percataron de la presencia de testigos que los habían visto durante su proceder irregular. Ello es suficiente para rechazar las alegaciones de la defensa.

DÉCIMO QUINTO: Que, de lo expuesto, se concluye que el tribunal del grado no ha cometido en la dictación de la sentencia los errores y omisiones que se le atribuyen, por lo que el recurso de nulidad deberá ser íntegramente 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 de los acusados Miguel Ángel Vilches Hidalgo y Ángel Steven Vilches Romo en contra de la sentencia de veinticinco de mayo de dos mil diecinueve, dictada en causa RIT 31-2019, RUC 1800236101-5 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, la que no es nula.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Rol: 606-2019

Ruc: 1800802366-9

Delito: Porte ilegal de arma de fuego

Defensor: Cristian Otárola Vera

24. Rechaza recurso de nulidad interpuesto por Fiscal del Ministerio Público. Los juzgadores aplicaron correctamente la herramienta de Control de Convencionalidad, mandatada por la CPR en sus arts. 5, 6 y 7, para estimar procedente la pena sustitutiva de privación de libertad para delito contemplado en la Ley de Control de Armas ([CA Valdivia 14.08.2019 ROL 606-2019](#))

Normas asociadas: L17798 ART.13; L18216 ART.15 bis; CPP ART.373 b; CPR ART.6; CPR ART.7; CPR ART.5

Tema: Pena sustitutiva de privación de libertad; Control de convencionalidad

Descriptorios: Recurso de nulidad; Control de constitucionalidad; Control difuso de constitucionalidad; Libertad vigilada intensiva

Magistrados: Juan Correa Rosado; Carlos Gutierrez Zavala; Luis Aedo Mora

SINTESIS: Ministerio Público recurre de nulidad contra la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia que condenó al acusado G.A.C.B. como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego, estimando que se reúnen los requisitos del art. 15bis L18216 para imponerle al sentenciado la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva. Estima que dicha decisión significó una errónea aplicación del derecho por parte de los juzgadores, ya que el art. 1 del citado cuerpo legal no permite imponer penas sustitutivas de libertad al delito materia de la causa. Refiere que, para ese propósito, los sentenciadores se atribuyeron el ejercicio de un control de constitucionalidad difuso que le está exclusivamente encomendado al Tribunal Constitucional. La Corte resuelve que los jueces del grado aplicaron correctamente el Control de Convencionalidad mandatado por la CPR en sus arts. 5 inc. 2º, 6 y 7, con el objeto de determinar que la norma del art. 1 L18216 es contraria a los derechos de igual protección ante la ley y a un procedimiento racional y justo, consagrados en la CADH e incorporados al ordenamiento jurídico nacional mediante el art. 5 inc. 2º CPR, precepto que según los arts. 6 y 7 de la Carta Fundamental es obligatorio para todos los agentes del Estado. A mayor abundamiento, señala que la norma del art. 1 L18216 es desproporcionada, toda vez que permite aplicar penas sustitutivas de libertad a delitos de mayor lesividad y penalidad que el delito de autos (Considerando 7º, 8º, 9º).

Texto íntegro:

Valdivia, catorce de agosto de dos mil diecinueve.-

Vistos:

Por sentencia de tres de julio de dos mil diecinueve dictada por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral Penal de Valdivia integrada por doña Gloria Haydee Sepúlveda Molina como presidente de sala, don Germán Cristián Olmedo Donoso, ambos Jueces Titulares y don Guillermo Francisco Olate Aránguiz, Juez Subrogante, en los autos RIT 104-2019, RUC 1800802366-9, se declaró:

“I.- Que se condena al acusado **GERMÁN ALEJANDRO CID BURGOS**, 39 años, sin apodos, cédula nacional de identidad N°13.847.061-K, soltero, pintor, segundo año de enseñanza media cursado, domiciliado en población Menzel, calle Hernando de Magallanes N° 2.431, Valdivia, a la pena de **CUATRO AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÁXIMO**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena, en su calidad de autor del delito de porte ilegal de arma de fuego artesanal, previsto y sancionado en el artículo 13 en relación al artículo 3° inciso 1° de la ley N°17.798, hecho ocurrido en esta comuna con fecha 17 de agosto de 2018.”

“II.- Por reunir los requisitos establecidos en el artículo 15 bis de la ley 18.216, se impondrá al sentenciado la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, por el término de cuatro años.”

“En cumplimiento de la libertad vigilada intensiva, el condenado se sujetará a las siguientes condiciones: a) mantener su residencia en el domicilio consignado; b) sujeción a la vigilancia y orientación de un delegado de Gendarmería de Chile, quien deberá velar por el adecuado cumplimiento de las normas de conducta e instrucciones que aquél imparta en el área educacional, trabajo, morada, cuidado del núcleo familiar, empleo del tiempo libre y cualquiera otra que sea pertinente para una eficaz intervención individual y conforme lo dispone el artículo 17 ter de la ley citada; c) obligación de cumplir programas formativos en el área laboral, con el fin de desarrollar una actividad honesta de subsistencia.”

“Para el evento que el condenado tuviere que iniciar el cumplimiento efectivo de la pena corporal, se reconoce como abono a la misma el tiempo que ha permanecido privado de libertad en esta causa, esto es, la jornada de detención del 17 de agosto de 2018 y el posterior sometimiento a la medida cautelar de prisión preventiva desde el 18 de agosto de 2018 a la fecha, que hace un total de 315 días.”

“III.- Que se le condena al pago de las costas del procedimiento.”

Con fecha cinco de agosto de dos mil diecinueve se llevó a efecto la audiencia para conocer el recurso de nulidad interpuesto por don Daniel Hernán Soto Soto, fiscal adjunto del Ministerio Público, en contra de la sentencia dictada, alegando la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, acusando que en la sentencia se efectuó una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, al conceder una pena sustitutiva a una persona condenada por un delito por porte ilegal de arma de fuego, en circunstancias que el artículo 1 de la ley 18.216 no lo permite, atribuyéndose un control de constitucionalidad que solo le corresponde el Tribunal Constitucional. En esta audiencia compareció el representante del Ministerio Público y alegó sosteniendo su pretensión de nulidad, y el abogado defensor oponiéndose a ella por cuanto no concurre la causal invocada por el órgano persecutor, dado que lo que el tribunal a quo efectuó, fue control de convencionalidad, labor que le está encomendada por mandato constitucional y legal - artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República - y artículo 304 del Código Orgánico de Tribunales, en ningún caso fue la de declarar inaplicable una norma legal por inconstitucional.

Terminada la vista, la causa quedó en acuerdo y logrado éste se procede a dictar la presente sentencia

CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurrente ha fundado su arbitrio de nulidad en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, por haberse efectuado en la sentencia una errónea aplicación del derecho específicamente una vulneración formal del texto de la ley, en el caso sub judice, al inciso 2° del artículo 1° de la Ley 18.216 que prohíbe, tratándose del delito por el cual se acusó y condenó al imputado, aplicar la pena sustitutiva decretada, realizando un control difuso de constitucionalidad que le está prohibido, por cuanto dicha fiscalización está entregada, en nuestra legislación, en forma concentrada al Tribunal Constitucional de manera que si estimó que dicha norma era inconstitucional debió haber suspendido el procedimiento y solicitar el pronunciamiento de ese tribunal. Indica que ello influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, dados los argumentos expresados ya en la parte expositiva precedente, que, en síntesis, consisten en que a contar de la reforma del año 2015 el control de constitucionalidad de la ley - artículo 93 número 6 de la Constitución Política, quedó concentrada única, exclusiva y excluyentemente en el Tribunal Constitucional, quedando los tribunales ordinarios con competencia para ello, sólo en lo tocante a la tutela constitucional de derechos fundamentales, por vía de las acciones de amparo y de protección, que se basan fundamentalmente en infracciones a la ley o a la interdicción de la arbitrariedad que tiene como efecto la violación de derechos fundamentales. De la norma citada se evidencia que en la propia Constitución se consagra la legitimación activa del juez - en cuanto tribunal ordinario - en materia de inaplicabilidad, al disponer que ella “podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”. En consecuencia, el anterior, es el único mecanismo que tiene el juez para no aplicar la ley sobre la que recae su sospecha de inconstitucionalidad. Por ello el Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, al fallar en la forma en que lo hizo, no sólo realiza una errónea aplicación del derecho que influye en lo dispositivo del fallo, sino que además se atribuye competencias que constitucionalmente no posee, creando con ello un serio problema de certeza jurídica. Agrega que la influencia sustancial en lo dispositivo del fallo se revela en que la no aplicación de la norma prohibitiva del artículo 1° inciso 2° de la ley 18.216, ha incidido en la determinación de aplicar una pena improcedente y no como lo solicitó el Ministerio Público. En efecto, se le condenó a una pena de cuatro años de libertad vigilada intensiva, debiendo haber sido condenado a cuatro años de presidio menor en su grado máximo en la modalidad de cumplimiento efectivo, pena que resultaba aplicable de no haberse desoído el texto expreso de la norma antes señalada.

Concretamente pide se acoja el recurso y se declare la nulidad de la audiencia de juicio oral y de la sentencia dictada en ella, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordene la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere para que éste disponga la realización de un nuevo juicio.

Segundo: Que el abogado defensor se opone al recurso de nulidad interpuesto por el órgano persecutor, por cuanto no concurre la causal invocada por éste en su arbitrio, dado que lo que el tribunal a quo efectuó, al determinar que era aplicable la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, fue un control de convencionalidad, labor que le está encomendada por mandato constitucional y legal - artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República- y artículo 304 del Código Orgánico de Tribunales, en ningún caso fue la de control de constitucionalidad ni declarar inaplicable una norma legal por no ajustarse a aquella.

Tercero: Que, conforme al tenor de la causal ejercida, útil es recordar que, según la doctrina, la causal de nulidad establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal opera “Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

Según la doctrina, la transgresión acusada puede ocurrir: contraviniendo la ley formalmente, interpretándola erróneamente o haciendo una falsa aplicación de ella. La causal esgrimida recae exclusivamente sobre aspectos de derecho, no pudiéndose alterar por intermedio de ella los hechos de la causa.

Además, conforme al principio de trascendencia que rige toda nulidad, la infracción de ley debe resultar determinante en el razonamiento y decisión del fallo, pues de lo contrario, no tendría la influencia sustancial que la ley requiere para la procedencia del recurso.

Finalmente, la causal esgrimida recae exclusivamente sobre los aspectos de derecho, no pudiéndose alterar por intermedio de ella los hechos de la causa, cuyo conocimiento se encuentra vedado a esta corte (así se ha sostenido en la causa rol número 171-2014 de este mismo tribunal).

Cuarto: Que los hechos acreditados en el motivo undécimo de la sentencia de nulidad, fueron los siguientes:

“El día 17 de agosto de 2018, siendo aproximadamente las 11:00 horas, personal de Carabineros de Chile, en encontró en calle Los Picaflones a la altura del 997, con el acusado GERMÁN ALEJANDRO CID BURGOS, respecto de quien, momentos antes había ido a fiscalizar a su domicilio el cumplimiento de una medida cautelar de arresto domiciliario total; es así como, a escasos metros observaron que al doblar este hacía la calle Los Canarios desde sus ropas extrajo 2 tubos que arrojó por arriba de la reja de protección hacia el interior del antejardín del inmueble ubicado en el número 2353 de la mencionada arteria, que resultó ser un arma de fabricación artesanal, el acusado no contaba con las autorizaciones de la autoridad para poseer o tener arma de fabricación artesanal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 17.798, sobre Control de Armas y Explosivos.”

Quinto: Que, como ya se adelantó, el Ministerio Público cuestiona la concesión de la pena sustitutiva, en este caso en concreto, la libertad vigilada intensiva, destacando el razonamiento del considerando décimo cuarto de la sentencia impugnada, argumentando que el tribunal se ha atribuido facultades propias del Tribunal Constitucional al efectuar un control de constitucionalidad de una norma que le está vedado. Entiende que no habiendo requerimiento ante el Tribunal Constitucional no procede la concesión de una pena sustitutiva tratándose de uno de los delitos respecto de los cuales no está permitido según el artículo 1 de la ley 18.216.

Sexto: Que, en relación a lo cuestionado, el tribunal razona en el considerando décimo cuarto, que, en lo pertinente, señala:

“Que considerando las fechas de las condenas que figuran en el extracto de filiación y antecedentes del acusado y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 1° inciso 5° de la ley N°18.216, ninguna de éstas debe ser considerada por exceder los períodos fijados en la norma.

Ahora bien, atendido lo dispuesto en el artículo 1° inciso 2° de la ley N°18.216, se haría imposible la aplicación de alguna pena sustitutiva al acusado, por lo que el cumplimiento de la pena que se dicte debería ser de manera efectiva.

A este respecto, y resolviendo la petición de la Defensa de otorgar la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva al acusado Cid Burgos, se debe tener presente que existen dos normas en la Constitución Política del Estado que permiten justificar la decisión del Tribunal, a saber:

En primer lugar, el artículo 6° que plantea que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

De acuerdo al tenor literal de esta norma, los primeros obligados a cumplir con el mandato constitucional, son todos y cada uno de los órganos del Estado, entre ellos, el Poder Judicial. En efecto, son los Tribunales de la República los primeros llamados a respetar la Constitución y además, “las leyes”, pero no cualquier ley, sino que aquellas dictadas conforme a la Constitución.

En este sentido, el control de convencionalidad, efectivamente abre la puerta para que los Tribunales no apliquen aquellas normas que no hayan sido dictadas conforme a la Constitución y ello exige, por tanto, que los Tribunales efectúen un control de esas normas, en cuanto a si ellas han sido o no dictadas conforme al texto constitucional, y de esta forma, si se apartan de aquél, los Tribunales no están obligados a considerarlas, toda vez que como se dijo, su primera obligación es aplicar la Constitución, cuestión que en ningún caso, como lo planteó el Ministerio Público, redundaría en declarar inaplicable un precepto, por ser contrario a la Constitución, por ser aquella materia privativa del Tribunal Constitucional, según lo dispuesto en el artículo 93 N°6 de la Constitución Política.

En segundo lugar, se debe tener presente lo que dispone el artículo 7° inciso 1° de la Constitución: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”.

Es decir, todos los jueces en cuanto tales, al momento de ser investidos en el cargo debemos prestar un juramento solemne en los términos previstos en el artículo 304 del Código Orgánico de Tribunales: “¿Juráis por Dios Nuestro Señor y por estos Santos Evangelios que, en ejercicio de vuestro ministerio, guardaréis la Constitución y las leyes de la República?” El interrogado responderá: “Sí juro”; y el magistrado que le toma el juramento añadirá: “Si así lo hicieréis, Dios os ayude, y si no, os lo demande”. De esta forma, es que la norma citada exige, a cada uno de los jueces, el irrestricto respeto a la Constitución, lo que refuerza el argumento de que este Tribunal no puede soslayar la idea de que, si existe una norma que la contravenga, no está obligado a aplicarla, que es lo que precisamente está solicitando la Defensa. Esclarecido lo anterior, debemos recordar que nuestra Constitución no sólo está compuesto por las normas que ahí se contienen, entre ellas, el artículo 1° inciso 1° que establece que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; por el artículo 19 N°2 que estatuye que “La Constitución asegura a todas las personas: La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;” sino que también, en virtud del artículo 5° inciso 2° de dicho cuerpo normativo, se establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos, que hubieren sido ratificados por Chile, y que se encuentren vigentes, también son considerados como normas de rango constitucional, entre ellas, precisamente la Convención Americana de Derechos Humanos, promulgada en Chile con fecha 23 de agosto de 1990 y publicada con fecha 05 de enero de 1991, que establece en su artículo 24 que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Como se puede observar, encontramos varias normas de rango constitucional que establecen la “igualdad ante la ley” o dicho de otra modo, “la igual protección de los derechos”, de forma tal, y como ya se ha pronunciado en reiteradas oportunidades el Tribunal Constitucional, acogiendo requerimientos para hacer inaplicable por inconstitucional el artículo 1° inciso 2° de la ley N°18.216, que impide otorgar alguna de las penas sustitutivas, respecto de alguno de los delitos contemplados en la ley N°17.798, entre ellos, los del artículo 13 en relación al artículo 3 inciso 1° de dicha ley, como el caso

que nos convoca, no pueden desconocer estos sentenciadores que otorgar un tratamiento penal, con

consecuencias jurídicas distintas a los condenados por este tipo de delitos, que es de aquellos de peligro abstracto, frente a otras personas condenadas, por delitos incluso protectores de bienes jurídicos de mayor envergadura al que nos convoca o de peligro concreto, como por ejemplo los relativos a la integridad física de las personas, determina que no existe una fundamentación racional y coherente que equipare la protección del artículo 1° inciso 2° de la ley N°18.216 con aquéllos, lo que vulnera además, la garantía constitucional del artículo 19 N°3 inciso 6° de la Constitución que establece el derecho de toda persona a un procedimiento racional y justo, en cuanto éste debe cimentarse en penas proporcionales con una adecuada correspondencia o adecuación que debe existir entre la gravedad del hecho juzgado, con la reacción penal del Estado.

En definitiva, lo contrario significaría aplicar una ley con abierta vulneración a los derechos y principios plasmados en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile, relativos a derechos humanos, a los cuales debe someter su acción todo individuo; y sobre todo estos jueces, según mandato de los artículos 5o, 6o y 7° de la Constitución Política de la República. De manera tal, que según se indicará en lo resolutivo, se optará por la pena sustitutiva solicitada por la Defensa”.

Séptimo: Que, el control de convencionalidad, como teoría del modo en que el ámbito interno se relaciona con la normativa internacional vinculante, ha sido conceptualizado por autores tales como Gonzalo Aguilar como: “la facultad de los magistrados de contrastar la norma dictada por el poder legislativo –y, eventualmente, por el poder constituyente- [especialmente en materia de derechos humanos], con la norma contenida en los tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado para hacer prevalecer estas últimas” y para otras como Juana Ibáñez Rivas se trata de: “una herramienta jurídica de aplicación obligatoria ex officio por los órganos del Poder Judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por el Estado respecto del tratado del cual es parte.”

Los autores entienden que más que en el debate relativo a la jerarquía de los tratados internacionales como fuente directa del ordenamiento interno, este examen de convencionalidad por parte de los jueces responde a un principio de derecho internacional por el cual los Estados deben adecuar sus prácticas internas a las obligaciones asumidas en el ámbito internacional. Así expresamente lo señala la Excma. Corte Suprema en un Recurso de Casación Rol 4914-09 fallado el año 2011.

Es justamente en una causa fallada en contra del estado de Chile, el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos configura por primera vez de manera clara el concepto del control de convencionalidad, declarando que bajo el supuesto que el Poder legislativo falle en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

El año 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos propone la amplitud con que debe ser acogido el control de convencionalidad en el fallo del caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Señalando que: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

“...En síntesis se puede afirmar que el denominado control de convencionalidad, está conformado por las reglas que se han instituido para el cumplimiento de las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación, contempladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Dicho de otro modo, la vigilancia y supervisión de los términos de la Convención, es una herramienta jurídica de aplicación obligatoria por los órganos del Poder Judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por el Estado respecto del Convenio Internacional del cual es parte”. “...18o) Que en la práctica el control difuso de convencionalidad se manifiesta concretamente en la obligación que pesa sobre todos los jueces de los Estados que han suscrito la Convención de respetar los Derechos Fundamentales, aun cuando enfrenten serios escollos en el derecho interno. Tal exigencia tiene como basamento el hecho que los jueces, como miembros de un poder del Estado, están ligados jurídicamente por ese instrumento internacional.”(Corte Suprema, AD 1386-2014, sentencia de 16 de mayo de 2019 en caso Norin Catrimán, voto particular Sr. Blanco).

Octavo: Que, se ha controvertido el artículo 1 inciso segundo de la ley 18.216, por ser contrario a la Convención, en el sentido que se afecta la garantía de igualdad ante la ley y su racionalidad en el caso de autos, al obligar al condenado por un ilícito propio de la Ley de Control de Armas a un cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, haciendo improcedentes las penas sustitutivas reguladas en la Ley No18.216.

Al respecto, por diversos fallos del Tribunal Constitucional, siendo el más reciente aquel dictado en causa rol 6631-2019, con fecha veinticinco de julio de dos mil diecinueve, se ha señalado que *“la disposición que restringe la aplicación de las penas sustitutivas de privación de libertad resulta desproporcionada e inequitativa respecto de personas condenadas e incluso por delitos de mayor gravedad; además es inidónea para cumplir los fines de reinserción social y protección de la víctima que tiene la pena. En efecto, se recuerda que históricamente los sistemas de prisión no han sido capaces de lograr la rehabilitación de las personas sujetas a régimen carcelario. Las penas sustitutivas en cambio, constituyen medidas de mayor equilibrio entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública”* (Considerando octavo, de sentencia del Tribunal Constitucional en causa rol 6631-2019). Además, se ha dicho que al comparar esta clase de delitos con el resto de los delitos excluidos del beneficio de sustitución de penas privativas de libertad es posible advertir una sustancial desproporción. “En efecto, el quantum de su penalidad abstracta y concreta es muy menor en consideración a los otros, lo que configura una situación de irracionalidad y desproporción incompatible con la Constitución” (Considerando décimo segundo del fallo citado).

Noveno: Que, de este modo no se aprecia, por esta Corte, que la sentencia adolezca del vicio reclamado con la causal expuesta en el recurso, pues el tribunal efectuó una correcta determinación de la pena, razonando conforme a principios constitucionales y legales, teniendo especialmente en consideración la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional en relación a lo dispuesto no sólo por la Constitución Política del Estado sino también por la Convención Americana de Derechos Humanos, razonando adecuadamente conforme al control de convencionalidad que desarrolla en el considerando décimo cuarto en estudio y optando por una vertiente interpretativa que guarda plena armonía con las mentadas fuentes del derecho, ponderada más acorde con la vigencia de las garantías fundamentales y con su reconocimiento reiterado por parte de los más altos órganos jurisdiccionales del orden interno y por la justicia imperante en el sistema interamericano, que por cumplir estándares de racionalidad y proporcionalidad no han redundado en la errónea aplicación que se acusa; motivo por el que el recurso habrá de ser desestimado.

Y visto además, lo dispuesto en los artículos 297, 340, 341, 342, 373 letra b), 384 y 385 del Código Procesal Penal, se declara:

Que, se **RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal del Ministerio Público don Daniel Soto Soto, en contra de la sentencia de tres de julio de dos mil diecinueve, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, en causa RIT 104-2019, RUC 1800802366-9, la cual no es nula.

Regístrese y comuníquese.

Redactada por el Ministro Titular don Carlos Gutiérrez Zavala.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Rol: 640-2019

Ruc: 1600485584-5

Delito: Porte ilegal de arma de fuego; Tenencia ilegal de municiones

Defensor: Matías Cartes Díaz

25. Rechaza recurso de nulidad impetrado por la defensa. El hecho de que el arma de fuego contenga las municiones no excluye que se configuren dos delitos diferenciados ([CA Valdivia 03.09.2019, ROL 640-2019](#)).

Norma asociada: CPP ART.373 b; L17798 ART.2 b; L17798 ART.2 c

Tema: Calificación jurídica; Principio de consunción

Descriptor: Recurso de nulidad; Concurso aparente de leyes penales

Magistrados: Marcia Undurraga Jensen; Mario Kompatzki Contreras; María Piñeiro Fuenzalida

SINTESIS: Defensa recurre de nulidad contra de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno que condenó al imputado E.Z.S. como autor de los delitos de porte ilegal de arma de fuego y tenencia ilegal de municiones. A juicio del recurrente los juzgadores incurrieron en una errónea aplicación del derecho, pues correspondía condenar a su representado únicamente por el delito de porte ilegal de arma de fuego, por aplicación del principio de consunción. El Tribunal de Alzada establece que el tribunal a quo razonó acertadamente en orden a que en nada influye que las municiones estén dentro o fuera del arma que se tiene o porta, de hecho, lo único que cambia es que la situación es de mayor peligrosidad para el bien jurídico que la norma protege. Señala que concuerda con la argumentación jurisprudencial de la Excma. Corte Suprema, en lo tocante a que el delito de tenencia de arma de fuego no exige que el artefacto portado cuente con municiones en su interior para entender que se configura el tipo penal. Además, lo descrito no influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues la pena se impuso en el tramo mínimo por no concurrir circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Se rechaza el recurso de nulidad (Considerando 2º, 4º).

Texto Íntegro.

Valdivia, tres de septiembre de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Don Matías Cartes Díaz, Defensor Penal Público, por el condenado don Edgardo Zapata Sandoval, deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de quince de julio de dos mil diecinueve, pronunciada por los jueces don Edmundo Moller Bianchi, don Alberto Merino Lefenda y don Héctor Hinojosa Aabel, en causa RUC 1600485584-5, RIT 82- 2019, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, que le condenó a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más accesorias, como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego; y a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, más accesorias, como autor del delito de tenencia ilegal de municiones, debiendo dar cumplimiento efectivo a la condena impuesta,

solicitando se anule la sentencia definitiva, dictando en forma separada, pero en el mismo acto, la correspondiente sentencia de reemplazo, en la que se señale que se absuelve al imputado por el delito de porte de municiones.

Como causal de nulidad invoca la prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, que en el pronunciamiento de la sentencia recurrida se ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

El recurso fue declarado admisible por esta Corte por resolución del día ocho de agosto del presente año, procediendo a su vista el día diecinueve de agosto, audiencia a la que asistieron los abogados don Matías Cartes, por el recurso, y por el Ministerio Público, don Jaime Ríos contra el recurso.

OÍDOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: La Defensa ha fundado causal de nulidad contenida en el recurso, correspondiente a la consagrada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en que se ha condenado al acusado a una pena superior a la que legalmente pudiese corresponderle.

Señala que el tribunal, en el considerando quinto de la sentencia impugnada, da por acreditados los siguientes hechos: “Que el 21 de mayo de 2016, en horas de la madrugada, carabineros, en calle Santa Isabel con San Luis frente al N° 1395, cédula nacional de identidad N°17.531.380-K, portaba un revólver marca Ruby extra, calibre 22, apto para el disparo, con municiones en su interior, en buenas condiciones de funcionamiento; y sin contar con autorización para ello.” (sic)

Agrega que, en cuanto a la calificación jurídica señala lo siguiente en el motivo cuarto: “Por lo que el Tribunal por unanimidad ha decidido condenar al acusado Zapata Sandoval, como autor del delito consumado de porte ilegal de arma de fuego antes especificado. Adicionalmente, la mayoría ha acordado condenar al imputado como autor del ilícito de porte ilegal de municiones previamente reseñado. Esta última decisión, con el voto en contra del Juez Merino Lefenda, como se detallará en la sentencia.”

Indica que el voto disidente refiere: “Acordada con el voto en contra del Juez Merino Lefenda, únicamente respecto de la condena por el delito de porte de municiones, que en opinión del disidente constituye una circunstancia que debe considerarse absorbida por el mayor desvalor del porte del arma en que se encontraban tales municiones. Así, la circunstancia de encontrarse el arma cargada, implicaría un riesgo agravado de la conducta, que justificaría eventualmente elevar la pena, pero en ningún caso condenar por dos delitos separados por aquello que materialmente es una única acción.”

A juicio de la defensa la sentencia recurrida ha hecho una errónea aplicación del derecho, por cuanto decidió, por mayoría, condenar a su defendido por dos conductas, estas son, la tenencia ilegal de arma de fuego, así como también por las municiones que dicho arma tenía en su interior, en circunstancias que el porte de municiones debía ser absorbida por el porte del arma de fuego, en cuanto las mismas se encontraban en el arma, por lo que malamente podrían considerarse como actos delictivos diversos y separados.

La defensa solicitó, al momento de la clausura, y en forma subsidiaria al planteamiento principal de absolucón, que el porte de municiones debía ser absorbida por el porte del arma de fuego, en cuanto las mismas se encontraban en el arma, por lo que malamente podrían considerarse como actos delictivos diversos y separados.

Manifiesta que el vicio denunciado provoca un perjuicio a su representado y solicita, concretamente, que se anule parcialmente la sentencia definitiva, en el sentido de que se absuelva respecto del delito de porte de municiones.

SEGUNDO: Que en el motivo séptimo de la sentencia impugnada se razona respecto a las alegaciones de la defensa, señalando que “En razón de que la legislación vigente, ley 17.798 y modificaciones posteriores, vigentes a la época de comisión de estos ilícitos, se

refiere a estos ilícitos, como independientes, establece penas diferentes para cada uno de ellos. Se establecen como dos tipos penales diferentes, según las disposiciones invocadas en la acusación. Tal es así que el actual artículo 2 de la referida ley en su letra “b” se refiere a “..Las armas de fuego...” y en la letra “c” indica “Las municiones y cartuchos”.-

Se descarta el planteamiento de la defensa, al señalar que sería un delito único por tener las municiones en su interior. La postura de la defensa en nada cambia que las municiones estén dentro o fuera del arma que se tiene o porta, es más, en lo único que cambia es que es más peligrosa la situación planteada por la defensa, acercándose en la realidad más al ataque o vulneración del bien jurídico protegido por dichas normas.”

TERCERO: Que por mayoría este Tribunal concuerda con la argumentación de los sentenciadores ya que tal como ha dicho la Excma. Corte Suprema en causa rol 18.654-2018:

“Undécimo: Que, de acuerdo a las normas precedentemente transcritas, es dable concluir que el delito de tenencia de arma de fuego, no necesita que el artefacto portado cuente con municiones en su interior para entender que se configura el tipo penal, por lo que, en la especie, no se ha verificado el error denunciado al establecer que la conducta desplegada dio origen a dos ilícitos distintos, a saber, por una parte la tenencia de arma de fuego y por otra la de porte de municiones.”

CUARTO: Que además, cabe recordar que para configurar la causal de nulidad, es necesario que éste influya en lo dispositivo del fallo y que exista un agravio que pueda ser reparado por la vía recursiva. Lo que no ocurre en la especie, habida cuenta que la sanción que corresponde al delito de porte ilegal de arma de fuego es presidio menor en su grado máximo y en el caso de autos, no concurrían circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, en consecuencia, la pena se impuso en el tramo mínimo.

Por estos motivos y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 474 y siguientes del Código del Trabajo, se **declara:**

Se **RECHAZA** el recurso de nulidad deducido por la parte demandante, en contra de la sentencia definitiva de quince de julio de dos mil diecinueve, la que no es nula.

Acordada con el voto en contra de la Ministra Sra. María Soledad Piñeiro Fuenzalida, quien comparte plenamente el voto de minoría del Juez Merino Lefenda.

Redacción de la Ministra señora Marcia Undurraga Jensen y del voto en contra, su autora. Regístrese y comuníquese. N°Penal-640-2019.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 671-2019

Ruc: 1701022650-3

Delito: Abuso sexual reiterado contra menor de 14 años

Defensor: Felipe Saldivia Ramos

26. Rechaza recurso de nulidad presentado por la defensa. La agravante del art. 368 CP tiene como fundamento la situación ventajosa del hechor para cometer el delito, circunstancia que se verifica en la especie [\(CA Valdivia 13.09.2019 ROL 671-2019\)](#)

Normas asociadas: CPP ART. 374 e; CPP ART.342 c; CPP ART.297; CPP ART.373 b; CP ART.368

Tema: Recursos; Agravantes; Delitos sexuales.

Descriptor: Recurso de nulidad; Principio de Especialidad; Delitos sexuales; Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal; Violencia Intrafamiliar

Magistrados: María Piñeiro Fuenzalida; Marcia Undurraga Jensen; Mario Kompatzki Contreras

SINTESIS: Defensa recurre de nulidad contra la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia que condenó al acusado M.A.C.A. Solicita que se anule el juicio oral invocando la causal del art. 374 letra e) CPP, alegando falta de prueba suficiente para lograr convicción de condena. En subsidio, pide que se anule únicamente la sentencia recurrida invocando la causal del art. 373 letra b) por haber condenado considerando la circunstancia agravante del art. 368 CP. El Tribunal de Alzada establece que la versión de la víctima fue corroborada por varios otros elementos probatorios, no existiendo carencia de razonamiento lógico entre los medios probatorios incorporados y lo que el Tribunal a quo tuvo por establecido. Respecto a la aplicación de la agravante citada, refiere que el fundamento de ella es la circunstancia de encontrarse el autor en una posición más ventajosa para la ejecución del delito, en razón de un vínculo jurídico o moral que deja a la víctima en una situación de dependencia respecto de aquél. En la especie, además del parentesco a considerar, se verifica la posición de autoridad exigida por la norma, puesto que el acusado fue identificado como el encargado de satisfacer las necesidades económicas del grupo familiar. Por consiguiente, en atención al principio de especialidad, se aplicó correctamente la agravante del art. 368 CP (Considerando 13º, 16º, 17º).

Texto Íntegro:

Valdivia, trece de septiembre de dos mil diecinueve.-

VISTO:

En antecedentes RUC 1701022650-3, que corresponden a la causa RIT O- 47- 2019 del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, ingresada en esta Corte con el N° 671 – 2019, la defensa del imputado Manuel Alejandro Cárdenas Arcos, ha interpuesto recurso de nulidad contra la sentencia de veinticuatro de julio de dos mil diecinueve, que lo condenó

a cumplir la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, más accesorias legales, como autor del delito de abuso sexual consumado reiterado en la persona de su hija A.A.C.A. menor de 14 años a la época de los eventos perpetrado en fechas distintas entre los años 2010 y 2017.

En síntesis, la defensa en su recurso solicita en lo principal, que se anule la sentencia y el juicio oral que tuvo lugar y que se determine el estado en que el procedimiento debe quedar, remitiendo los antecedentes a tribunal no inhabilitado, invocando la causal contemplada en el artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) y artículo 297 del Código Penal.

En subsidio, solicita se anule solo la sentencia recurrida y se dicte sentencia de reemplazo, invocando la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por cuanto en el pronunciamiento de la sentencia se habría hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al condenar considerando la circunstancia agravante del artículo 368 del Código Penal.

OIDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

I.- EN CUANTO A LA CAUSAL CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 374 LETRA E) EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 342 LETRA C) Y ARTÍCULO 297 DEL CÓDIGO PENAL.

Primero: Que, la defensa del imputado funda el recurso de nulidad en la causal establecida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, porque estima que la prueba ofrecida para acreditar que su representado cometió delito, es insuficiente ya que, según su parecer, su representado sólo ha sido condenado con prueba indiciaria, considerando de manera ciega el testimonio del víctima sin analizar el contexto de la develación; que no existe prueba directa para acreditar

que su representado cometió delito, alegando falta de prueba suficiente para lograr convicción de condena y duda razonable.

Segundo: Que, el mecanismo de impugnación reglamentado en el Título IV del Libro Tercero del Código Procesal Penal, es de carácter estricto y extraordinario, por lo que sólo procede por las causales y finalidad expresamente señaladas por la ley. Lo anterior restringe la posibilidad de revisar los hechos establecidos por el tribunal a quo, para lo que se ha tenido en cuenta el principio de inmediación que está en la base estructural de un sistema oral, el cual permite una apreciación directa de las pruebas que se producen en el juicio por parte de los jueces que han de decidir la cuestión debatida. En ese contexto, y precisamente por estar este tribunal *ad quem* privado de la relación directa con las partes y los elementos de prueba que se valoraron para formar la convicción del tribunal, es que se vuelve imperioso la explicitación detallada por el recurrente de la prueba y forma en que erradamente se valoró a fin de poder dilucidar si tal vicio efectivamente se ha producido.

Tercero: En el considerando Sexto del fallo recurrido, los sentenciadores dieron por acreditados los siguientes hechos: *Que la ofendida de iniciales A.A.C.A., una joven de actuales 15 años de edad, es hija del acusado Manuel Alejandro Cárdenas Arcos y de Esvaldina Magdalena Álvarez Carrasco, con quienes vivió junto a un hermano menor en diversos inmuebles primero en la ciudad de Santiago y luego en Valdivia hasta abril de 2017, época en que su madre decidió hacer abandono del hogar común junto a sus dos hijos, en razón de una crónica y grave dinámica de violencia intrafamiliar generada por el acusado en contra de su grupo familiar y que implicaba repetidos insultos, maltratos físicos y amenazas de muerte, circunstancia esta última que finalmente llevó a la progenitora a buscar protección en una casa de acogida de esta ciudad, dependiente del Centro de la Mujer del Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género, lugar donde fueron asistidas directamente viviendo cerca de un año.*

Es en este último espacio, de indudable protección, que la referida víctima espontáneamente develó primero a una compañera de curso y luego a su madre, graves y reiteradas imputaciones de trasgresión sexual ejecutados por su padre en su contra, siendo de larga data. En efecto, quedó determinado al menos que en fechas no precisadas entre los años 2010 a 2017, el acusado en innumerables ocasiones procedió a efectuar conductas de clara vulneración en la esfera de la sexualidad en contra de su hija de iniciales A.A.C.A. – nacida el 30 de noviembre de 2003- las que fueron posibles de ejecutar de un modo habitual ante la manipulación, amenazas, maltrato físico y aprovechamiento del estrecho vínculo familiar que el acusado mantenía sobre ésta, resultando su accionar una expresión más del contexto permanente de VIF que impuso en el tiempo en contra su grupo familiar y que razonablemente generó gran temor en todos los integrantes de la familia.

De este modo en repetidas e indeterminadas fechas dentro de aquel marco de años y en diversos inmuebles, tales como el de calle Tololo N° 1042 de la comuna de la Granja así como aquellos ubicados en la ciudad de Valdivia, esto es, Población Norte Grande y el de pasaje Santa Inés N° 3707, Población San Pedro, procedió el acusado Cárdenas Arcos a lo menos en tocar la vagina, glúteos, senos de su hija directamente con sus manos, por sobre y bajo la ropa, acciones que ejecutaba siempre aprovechando de circunstancias que impedían fuera advertido por el resto de los integrantes de la familia. Que aquellas conductas, se enmarcaron dentro una dinámica claramente sexualizada impuesta por el acusado, pues al menos en el último domicilio referido, éste se presentó en una oportunidad desnudo ante la ofendida, solicitando practicara sexo oral o en otra ocasión abordarla sorpresivamente y tirarla sobre la cama, bajar sus pantalones y él los suyos, en contra de la voluntad y activa resistencia de la ofendida”.

Cuarto: Que, para que pueda prosperar el recurso no es suficiente que el recurrente se limite a criticar lo decidido sobre la base de la valoración que han efectuado los jueces o manifestar una opinión de la forma en que según su apreciación, debía haberse considerado conforme a la prueba producida, siendo por ende necesario precisar con claridad de qué modo los juzgadores han infringido las reglas que la ley contempla en el artículo 297 del Código Procesal Penal para apreciar la prueba.

Que en el presente caso la defensa sostiene, que la declaración de la víctima prestada en juicio, pudo haber sido permeada por los conflictos de violencia intrafamiliar que existían entre el condenado y la madre de la niña, aludiendo a la posible existencia de un móvil espurio para formular acusación.

Quinto: Sin embargo, los sentenciadores, en el motivo sexto, analizan y aprecian la declaración de la víctima para verificar tanto la ocurrencia de los hechos, como la participación del acusado, haciendo especial énfasis, en que de acuerdo al contexto en que se verifican este tipo de ilícitos, éstos por regla general, se producen en la clandestinidad.

Es así como los sentenciadores, hacen alusión a lo declarado por la víctima, resaltando su claridad en la relación a la descripción de la conducta constitutiva del ilícito y el contexto abusivo.

Tuvieron además en consideración, las declaraciones de una compañera estudiante de enseñanza media quien conoció de los hechos por develación de la víctima antes de iniciarse la causa, la declaración de Esvaldina Alvarez Carrasco, madre de la víctima, quien declara en el mismo sentido, deposición de la psicóloga Paola Cerdas Ortiz y de doña Myriam Casner Ponce, perito psicóloga, entre otras, todas pruebas que fueron analizadas y consideradas elementos de convicción.

Sexto: Conforme a lo referido precedentemente, no se observa que el delito acreditado se sustente sólo en una declaración de la víctima, como sostiene la defensa, sino que, como se ha visto, la misma está corroborada por varios otros elementos probatorios, no

existiendo carencia de razonamiento lógico o falta de coherencia entre los medios de justificación incorporados en el juicio y lo que el tribunal a quo tuvo por establecido.

Séptimo: Que la convicción del Tribunal conforme al principio de la inmediación probatoria, se asienta de ese modo sobre pruebas, que legalmente incorporadas, oídas, vistas y analizadas de manera directa y contextual, como en una relación lógica y concatenada evidenciaron prudente credibilidad y verosimilitud, al explicar con razones de tiempo, lugar y circunstancias tanto lo expuesto por la víctima, como lo señalado por testigos y peritos.

Octavo: Que, en tal sentido, de acuerdo a lo considerado, no se constata que el tribunal haya dejado de expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas técnicas o de experiencia, en cuya virtud asigna valor a unas pruebas y desestima otras, advirtiendo que se ha considerado la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas del proceso que han sido utilizadas, y que el examen realizado ha conducido lógicamente a la conclusión que convenció a los sentenciadores y que conforme al análisis que realizaron resulta acertada.

Noveno: Que, por todo lo anterior, no verificándose la existencia de un razonamiento errado en lo analizado por el Tribunal, ni una apreciación que infrinja la normativa conforme a la cual la prueba ha debido ser apreciada, no se configura el motivo absoluto de nulidad alegado por la defensa.

II.- EN CUANTO A LA CAUSAL DEL ARTÍCULO 373 LETRA B DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Décimo: Subsidiariamente, la defensa funda su petición señalando que se ha hecho una errónea aplicación del derecho por la aplicación de la agravante especial del artículo 368 del Código Penal y la no aplicación del artículo 13 del mismo cuerpo legal en su reemplazo, toda vez que resulta ser más gravoso para el imputado la aplicación de la primera de las normas citadas, ya que se deberá aplicar la pena al responsable con exclusión de su grado mínimo. Lo anterior no sucede con la aplicación del artículo 13 del Código Penal, que resulta ser más favorable, ya que para excluir el grado mínimo de la pena, requiere la concurrencia de dos circunstancias agravantes, cuestión que no ocurre en el caso.

Undécimo: Es necesario tener presente, que el artículo 368 del Código Penal concede efecto agravatorio al hecho de ser el autor del delito "*autoridad pública, ministro de un culto religioso, guardador, maestro, empleado o encargado por cualquier título o causa de la educación, guarda, curación o cuidado del ofendido*".

Duodécimo: Que el artículo 368 limita el ámbito de aplicación, a los delitos previstos en los párrafos 5° y 6° del título respectivo, entre los cuales se encuentra el abuso sexual.

Décimo Tercero: Que el fundamento de esta agravante, es el hecho de encontrarse el autor en una posición más ventajosa para la ejecución del delito, en razón de que existe un vínculo —jurídico o moral— que lo une a la víctima y que deja a esta en una situación de dependencia y confianza respecto de aquél. Para la configuración de la agravante, en consecuencia, no basta con que el autor esté investido de alguna de las cualidades que la norma menciona, sino que será preciso que el sujeto pasivo se halle efectivamente bajo la autoridad que aquellas relaciones confieren. De lo expuesto es posible concluir, que esta circunstancia sólo será aplicable en caso que el hechor haya abusado de la situación de privilegio en que se encuentra respecto de la víctima.

Décimo Cuarto: Por su parte, el artículo 13 del Código Penal, señala que: "*Es circunstancia atenuante o agravante, según la naturaleza y accidentes del delito, ser el agraviado cónyuge o conviviente civil, pariente por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, padre o hijo del ofensor*".

Décimo Quinto: Del análisis de ambas normas es posible concluir, que no son necesariamente coincidentes los presupuestos fácticos que las configuran, toda vez que

la modificatoria de responsabilidad contenida en el artículo 368 del Código Penal, no se satisface con el simple hecho del parentesco, sino que requiere, la concurrencia de una situación de autoridad del sujeto activo respecto del sujeto pasivo, que efectivamente se concrete en el caso puntual.

Décimo Sexto: El fallo recurrido, en su considerando Octavo, expresa claramente, que en los hechos, no sólo se da la circunstancia del parentesco, sino que el acusado fue identificado como el encargado de satisfacer las necesidades económicas del grupo familiar de forma permanente, ocupando una situación de superioridad respecto de la víctima, siendo en ocasiones el único adulto responsable dentro de la vivienda.

Décimo Séptimo: De lo expuesto es posible concluir, que si bien en el caso concreto se daba la condición del parentesco establecido en el artículo 13 del Código Penal, en atención al principio de especialidad, se aplicó correctamente la agravante del artículo 368 del Código Penal, una vez comprobada la concurrencia de los requisitos para su configuración, absteniéndose los sentenciadores, de aplicarla conjuntamente con la del artículo 13 del Código Penal.

Décimo Octavo: No configurándose la causal invocada, en subsidio, el presente recurso deberá ser rechazado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 297, 340, 341, 342, 374 letra e), 373 letra b, 384 y 385 del Código Procesal Penal, se declara:

Que, se **RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por don Mauricio Aguilera Olivares, por el imputado Manuel Alejandro Cárdenas Arcos, en contra de la sentencia de veinticuatro de julio del presente año, dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de esta ciudad, en causa RIT N° O47-2019, la cual no es nula.

Regístrese y comuníquese.

Redacción a cargo de la Ministra doña María Soledad Piñeiro Fuenzalida.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 674-2019

Ruc: 1501215203-2

Delito: Tenencia ilegal de arma de fuego, tenencia ilegal de municiones

Defensor: Iván Cárdenas Cárdenas

27. Acoge recurso de nulidad presentado por la defensa. Los hechos que se tuvieron por acreditados son constitutivos de un solo delito, absorbiendo el primer hecho al segundo. [\(CA Valdivia 11.09.2019 ROL 674-2019\)](#)

Normas asociadas: CPP ART.373b; L17798 ART.2; L17798 ART.9

Tema: Calificación jurídica; Aplicación principio de subsunción

Descriptor: Recurso de Nulidad; Concurso aparente de leyes penales

Magistrados: Juan Correa Rosado, Luis Aedo Mora, Luis Galdames Buhler

SINTESIS: Defensa recurre de nulidad contra la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno que condenó al acusado P.A.V.D. como autor de los delitos de tenencia ilegal de arma de fuego y tenencia ilegal de municiones. Señala que, erróneamente, se condenó a su representado por dos delitos, no obstante, el delito de tenencia ilegal de arma de fuego desplaza al concurrente de tenencia ilegal de municiones y sólo se aplica la pena del desplazante. Según el Tribunal de Alzada, los hechos que se tuvieron por acreditados son constitutivos de un solo delito, toda vez que el segundo -porte de cartuchos sin autorización- se encuentra subsumido en el primero, es decir, la tenencia de la escopeta. Se configura un concurso aparente de leyes penales. Por tanto, constata que se incurrió en el vicio descrito en el art. 373 letra b) de la Ley Procesal Penal, y declara que se acoge el presente recurso, anulando la sentencia sólo en lo que se refiere a la decisión segunda de su parte resolutive y los considerandos pertinentes (Considerando 5º, 7º, 8º).

Texto Íntegro:

Valdivia, once de septiembre de dos mil diecinueve. Vistos:

Que el señor Iván Esteban Cárdenas Cárdenas, abogado, defensor penal público, en representación del señor Pedro Armando Valderas Deuma, acusado en causa RIT 75-2019, RUC 1501215203-2, seguida su contra por delito de tenencia ilegal de arma de fuego y municiones, dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia de veinticuatro de julio de dos mil diecinueve, pronunciada por la Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Osorno, que resuelve lo siguiente:

“I.- Que, se condena al acusado PEDRO ARMANDO VALDERAS DEUMA, Cédula Nacional de Identidad No14.501.980-K, ya individualizado, a la pena de TRES AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MAXIMO, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, en calidad de autor de un

delito de TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO, en grado de ejecución de consumado, ilícito previsto y sancionado en los artículos 2 y 9 inciso primero, ambos de la Ley N°17.798; ilícito perpetrado con fecha 18 de diciembre del año 2015, en el sector Manquílmo, de esta comuna.

II.- Que, igualmente, se condena al acusado PEDRO ARMANDO VALDERAS DEUMA, Cédula Nacional de Identidad No14.501.980-K, ya individualizado, a la pena de QUINIENTOS CUARENTA Y UN DIAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO, a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, en calidad de autor de un delito de TENENCIA ILEGAL DE MUNICIONES, en grado de ejecución de consumado, ilícito previsto y sancionado en los artículos 2 y 9 inciso segundo, ambos de la Ley N°17.798; ilícito perpetrado con fecha 18 de diciembre del año 2015, en el sector Manquílmo, de esta comuna.

III.- Que, de acuerdo a lo expuesto y razonado en el motivo Décimo Primero de este fallo, NO se le concede al sentenciado Valderas Deuma ninguna de las penas sustitutivas contempladas en la Ley N°18.216. Luego, respecto de la pena impuesta relativa al delito de tenencia ilegal de arma de fuego, se le tendrá por cumplida con el mayor tiempo que permaneció privado de libertad en la presente causa, conforme lo que se consigna en el respectivo auto de apertura de juicio oral. Sobre lo último, se señala que estuvo privado de libertad en calidad de detenido el 18 de diciembre del año 2015 y bajo la medida cautelar de arresto domiciliario parcial por fracción igual a doce horas, desde el 19 de diciembre del año 2015 y hasta el 14 de mayo del año 2019, lo que suma un total de 1.244 (mil doscientos cuarenta y cuatro) días de abono. La pena restante, esto es, la relativa al delito de tenencia ilegal de municiones, deberá cumplirla en forma efectiva una vez ejecutoriado el presente fallo, debiendo considerarse el saldo de abonos aplicables, según lo determine el Juzgado encargado de la ejecución del presente fallo, atendido que existió controversia acerca de si concurrían abonos con posterioridad al día 14 de mayo del año 2019.

III.- Que, de acuerdo a lo expuesto y razonado en el motivo Décimo Primero de este fallo, no se le concede al sentenciado Valderas Deuma ninguna de las penas sustitutivas contempladas en la Ley N°18.216. Luego, respecto de la pena impuesta relativa al delito de tenencia ilegal de arma de fuego, se le tendrá por cumplida con el mayor tiempo que permaneció privado de libertad en la presente causa, conforme lo que se consigna en el respectivo auto de apertura de juicio oral. Sobre lo último, se señala que estuvo privado de libertad en calidad de detenido el 18 de diciembre del año 2015 y bajo la medida cautelar de arresto domiciliario parcial por fracción igual a doce horas, desde el 19 de diciembre del año 2015 y hasta el 14 de mayo del año 2019, lo que suma un total de 1.244 (mil doscientos cuarenta y cuatro) días de abono. La pena restante, esto es, la relativa al delito de tenencia ilegal de municiones, deberá cumplirla en forma efectiva una vez ejecutoriado el presente fallo, debiendo considerarse el saldo de abonos aplicables, según lo determine el Juzgado encargado de la ejecución del presente fallo, atendido que existió controversia acerca de si concurrían abonos con posterioridad al día 14 de mayo del año 2019.

III.- Que, de acuerdo a lo señalado en el motivo Décimo Cuarto de esta sentencia, se exime al acusado del pago de las costas de la causa.

IV.- Que, se decreta el comiso del arma de fuego y municiones ya individualizado en esta sentencia, consistente en una escopeta marca Baikal, calibre 12, serie N°95026210 y dos cartuchos de escopeta calibre 12, de conformidad a lo prescrito en el artículo 15 de la Ley N°17.798.

V.- Se previene que el magistrado Reuse Staub, en concordancia con lo resuelto en otros casos análogos por este mismo Tribunal, concluyó que el delito de tenencia ilegal de arma de fuego desplaza al concurrente de tenencia ilegal de municiones y sólo se aplica la

pena del desplazante, considerando los supuestos fácticos del desplazado a efectos de un plus de injusto, más aun tratándose en la especie de municiones compatibles en cuanto a su calibre con el arma de fuego. Esto en base a la interpretación de que estamos frente a un mismo tipo penal, con una misma faz objetiva y subjetiva, siendo la diferenciación entre los incisos del artículo noveno de la Ley en comento, una técnica propia de las reglas de aplicación de pena, diferenciada por la gravedad de la lesividad al mismo bien jurídico, como es el caso del hurto y de otras tantas figuras de nuestro Ordenamiento Penal. Incluso la propia Fiscalía al efectuar la calificación jurídica de los hechos en el libelo acusatorio, los trata como un solo delito. Conforme lo anterior, el juez de minoría estuvo por imponer una pena única de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y darla por cumplida con el mayor tiempo que el acusado estuvo privado de libertad en la presente causa.

Comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Osorno, para el debido cumplimiento del fallo, atendido lo dispuesto en el artículo 467 y siguientes del Código Procesal Penal.

Redacción del Juez Titular don Marcelo Reuse Staub. Regístrese y Archívese en su oportunidad.”

Como causal de nulidad invoca la del artículo 373 letra b) del

Código Procesal Penal que señala: “Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: b) Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.”. Alega que en la sentencia se hizo una errada aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al decidir sancionar un solo hecho como dos ilícitos distintos, efectuando una errada interpretación de lo dispuesto en los artículos 2, letras b) y c) y 9, ambos de la Ley Número 17.798 sobre control de armas y explosivos. Sostiene que en base a entender que un mismo y único hecho fue calificado por el voto de mayoría como dos ilícitos distintos, se aplicó a su representado dos penas en lugar de una, impidiendo además que su sanción se diera por cumplida con el mayor tiempo que estuvo sujeto a medida cautelar personal de arresto domiciliario total.

Deduca el recurso a fin se anule la sentencia, de 24 de julio de 2019, y en su lugar, dictar sentencia de reemplazo, condenando al acusado Mauricio Alejandro Arriagada Barrera, a sufrir una única pena de presidio menor en su grado medio, como autor de un delito tenencia ilegal de arma de fuego. En concreto, 3 años y un día de presidio menor en su grado medio, más accesorias legales; pena que en razón del mayor tiempo que su representado estuvo privado de libertad sujeto a cautelar de arresto domiciliario total, debe darse por cumplida.

En estrados la defensa del sentenciado reiteró sus planteamientos consignados en el recurso, o sea, la petición de la nulidad de la sentencia y que se dicte otra de reemplazo que le condene a sufrir una única pena de presidio menor en su grado medio, como autor de un delito tenencia ilegal de arma de fuego. El Ministerio Público se opuso al recurso de nulidad.

Oídos y teniendo presente:

Primero: Que el señor Iván Esteban Cárdenas Cárdenas, abogado, defensor penal público, en representación del señor Pedro Armando Valderas Deuma, condenado por delitos de tenencia ilegal de arma de fuego y municiones, dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia de veinticuatro de julio de dos mil diecinueve, pronunciada por la Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Osorno, por la causal de nulidad invoca la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, porque en la sentencia se hizo una errada aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al decidir sancionar un solo hecho como dos ilícitos distintos y aplica a su representado dos

penas en lugar de una, impidiendo que su sanción se diera por cumplida con el mayor tiempo que estuvo sujeto a medida cautelar personal de arresto domiciliario total.

Segundo: Que durante el desarrollo del juicio oral, el tribunal dio por establecido el siguiente hecho, según se lee en el párrafo segundo del motivo 8°:

“Que, en horas de la tarde del día 18 de diciembre del año 2015, personal de la Policía de Investigaciones concurren al domicilio del acusado PEDRO ARMANDO VALDERAS DEUMA, ubicado en el sector Manquilmo de la comuna de Osorno, sorprendiéndolo en el lugar manteniendo una escopeta marca Baikal, calibre 12, serie N°95026210 y dos cartuchos del mismo calibre, sin que el imputado contara con las autorizaciones legales pertinentes para la tenencia o porte de armas de fuego y municiones.”

En el párrafo penúltimo del mismo considerando 8° se lee como sigue:

“Conforme todo lo expuesto, los hechos establecidos precedentemente, en base a las pruebas ya consignadas y analizadas individualmente y en conjunto, son constitutivos de los delitos de tenencia ilegal de arma de fuego y de tenencia ilegal de municiones, previstos y sancionados en los artículos 2 y 9, ambos de la ley N°17.798, en grado de ejecución de consumados; ocurridos el día 18 de diciembre del año 2015, en el sector Manquilmo de esta comuna, habiéndole correspondido al acusado Valderas Deuma participación en calidad de autor, ya que mantenía en su domicilio un arma de fuego y municiones; aptas para su uso ordinario, sin contar con las autorizaciones exigidas en la Ley sobre Control de Armas.”

Tercero: El recurrente sostiene que en el caso el delito de tenencia ilegal de arma de fuego desplaza al concurrente de tenencia ilegal de municiones, razón por la cual sólo se deber aplicar la pena del desplazante, considerando los supuestos fácticos del desplazado a efectos de un plus de injusto, más aun tratándose en la especie de municiones compatibles en cuanto a su calibre con el arma de fuego.

Cuarto: Sobre este tema, el párrafo primero del artículo 75 del Código Penal señala que “Al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.”. Y el artículo siguiente dice que “La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro.”. “En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave...”.

Quinto: Que, en concepto de esta Corte, los hechos que se han tenido por acreditados en el juicio son constitutivos de un solo delito, toda vez que el segundo hecho -portar dos un cartuchos del mismo calibre sin autorización- está subsumido en el primero, es decir, la tenencia de la escopeta, y se configura lo que la doctrina denomina concurso aparente de leyes penales, que es definida como “una situación en la cual son a primera vista aplicables varias disposiciones penales, pero que en realidad se rigen por una sola de ellas, quedando las otras totalmente desplazadas; y puede advertirse la diferencia con los concursos de delitos, en los cuales las normas concurrentes son en verdad todas aplicables, no se excluyen entre sí, y por tal razón se produce una pluralidad de delitos. En el concurso aparente, en cambio, se trata de un solo delito, regido por una sola disposición penal, que es la única que lo contempla en forma completa y particular.

Sexto: Que, en estos antecedentes, se ha condenado al encausado por su responsabilidad en los delitos de tenencia ilegal de arma de fuego y porte de municiones. El delito de tenencia ilegal de arma de fuego se encuentra tipificado en el artículo 9 inciso primero de la Ley N° 17.798, el cual dispone “Los que poseyeren, tuvieran o portaren algunas de las armas o elementos señalados en las letras b) y d) del artículo 2°, sin las autorizaciones a que se refiere el artículo 4°, o sin la inscripción establecida en el artículo 5°, serán sancionados con presidio menor en su grado máximo”.

En relación al segundo ilícito por el que resultó sancionado el acusado, es el contemplado en el inciso segundo del artículo 9° de la Ley sobre Control de Armas, que prescribe “Los

que poseyeren, tuvieren o portaren algunas de las armas o elementos señalados en las letras c) y e) del artículo 2º, sin las autorizaciones a que se refiere el artículo 4º, o sin la inscripción establecida en el artículo 5º, serán sancionados con presidio menor en su grado medio”.

Séptimo: Que el imputado fue sancionado por dos ilícitos distintos contenidos en la Ley N° 17.798, los que provienen de un hecho determinado por los sentenciadores, por lo que únicamente se configura el delito descrito en el inciso primero del artículo 9º del cuerpo normativo citado, pues la circunstancia de mantener el acusado una escopeta marca Baikal, calibre 12, serie N°95026210 y dos cartuchos del mismo calibre configura una unidad de acción que no puede ser separada en dos delitos independientes, por lo que debe entenderse que el porte de municiones se encuentra subsumido en el delito de tenencia del arma, pues los dos cartuchos encontrados hacen que esta pueda cumplir con su finalidad de arma de fuego y, en consecuencia, se configura el error de derecho al sancionarlo también como autor del delito previsto en el inciso segundo del artículo 9º de la Ley sobre Control de Armas, por lo que, a su respecto debe dictarse sentencia absolutoria.

Octavo: Que tal circunstancia lleva a esta Corte a concluir que en la sentencia se infringe la norma legal recién citada, por lo que resulta evidente que en el pronunciamiento de la sentencia se incurrió en el vicio del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por haberse hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, yerro que impuso al imputado una pena adicional, circunstancia que permite acoger el recurso, disponer la anulación de fallo y dictar la correspondiente sentencia de reemplazo absolutoria.

Por estos motivos y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376, 377, 378, 384 y 385 del Código Procesal Penal, **se declara que se acoge el recurso de nulidad** deducido en contra de la sentencia de sentencia de veinticuatro de julio de dos mil diecinueve, pronunciada por la Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Osorno, que **se anula sólo** en lo que se refiere a la decisión segunda de su parte resolutive y los considerandos pertinentes y reemplaza por el que se dicta a continuación.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro Titular señor Juan Ignacio Correa Rosado. N°Penal-674-2019. Valdivia, once de septiembre de dos mil diecinueve..

En cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de nulidad parcial que precede, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo. Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, previa eliminación del párrafo penúltimo del motivo 8º; y también se eliminan los motivos 10º y 11º.

En las citas legales se elimina la referencia a la Ley 18.216.

Y teniendo en su lugar y además presente:

Primero: Que durante el desarrollo del juicio oral, el tribunal dio por establecido el siguiente hecho, según se lee en el párrafo segundo del motivo 8º:

“Que, en horas de la tarde del día 18 de diciembre del año 2015, personal de la Policía de Investigaciones concurren al domicilio del acusado PEDRO ARMANDO VALDERAS DEUMA, ubicado en el sector Manquilmo de la comuna de Osorno, sorprendiéndolo en el lugar manteniendo una escopeta marca Baikal, calibre 12, serie N°95026210 y dos cartuchos del mismo calibre, sin que el imputado contara con las autorizaciones legales pertinentes para la tenencia o porte de armas de fuego y municiones.”.

Segundo: Que, en concepto de esta Corte, los hechos que se han tenido por acreditados en el juicio son constitutivos de un solo delito, toda vez que el segundo hecho -portar dos un cartuchos del mismo calibre sin autorización- está subsumido en el primero, es decir, la tenencia de la escopeta, y se configura lo que la doctrina denomina concurso aparente de

leyes penales, que es definida como “una situación en la cual son a primera vista aplicables varias disposiciones penales, pero que en realidad se rigen por una sola de ellas, quedando las otras totalmente desplazadas; y puede advertirse la diferencia con los concursos de delitos, en los cuales las normas concurrentes son en verdad todas aplicables, no se excluyen entre sí, y por tal razón se produce una pluralidad de delitos. En el concurso aparente, en cambio, se trata de un solo delito, regido por una sola disposición penal, que es la única que lo contempla en forma completa y particular.

Tercero: Sobre lo mismo, el párrafo primero del artículo 75 del Código Penal señala que “Al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.”. Y el artículo que le sigue dice que “La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro.”. “En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave...”.

Cuarto: En el caso que nos ocupa únicamente se configura el delito descrito en el inciso primero del artículo 9° de la Ley N° 17.798, pues la circunstancia de mantener el acusado una escopeta marca Baikal, calibre 12, serie N°95026210 y dos cartuchos del mismo calibre configura una unidad de acción que no puede ser separada en dos delitos independientes, por lo que debe entenderse que el porte de municiones se encuentra subsumido en el delito de tenencia del arma, pues los dos cartuchos encontrados hacen que esta pueda cumplir con su finalidad de arma de fuego.

Quinto: El delito de tenencia ilegal de arma de fuego se encuentra tipificado en el artículo 9 inciso primero de la Ley N° 17.798, el cual dispone “Los que poseyeren, tuvieren o portaren algunas de las armas o elementos señalados en las letras b) y d) del artículo 2°, sin las autorizaciones a que se refiere el artículo 4°, o sin la inscripción establecida en el artículo 5°, serán sancionados con presidio menor en su grado máximo”.

Sexto: Se acogerá la petición de la defensa de estimar los hechos como un solo delito y en consecuencia, por el ilícito de tenencia ilegal de arma de fuego se impondrá la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, al estimarse que dicha pena resulta adecuada a las circunstancias comisivas, pena que fue solicitada por el persecutor penal, manteniéndose sin cambios en este aspecto la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral de Osorno, de veinticuatro de julio de dos mil diecinueve.

Séptimo: Que, de acuerdo a lo razonado y por haberse determinado que los hechos que se han tenido por acreditados en el juicio son constitutivos de un solo delito, se dictará una sentencia de reemplazo que absuelva al acusado Pedro Armando Valderas Deuma del delito de tenencia ilegal de arma de fuego y municiones objeto de la acusación.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 358 y siguientes del Código Procesal Penal, **se absuelve** a al acusado Pedro Armando Valderas Deuma del delito de tenencia ilegal de arma de fuego y municiones objeto de la acusación, hecho ocurrido el 18 de diciembre de dos mil quince, en sector Manquillo, comuna de Osorno. Redacción del Ministro Titular señor Juan Ignacio Correa Rosado.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 704-2019

Ruc: 1701088498-5

Delito: Homicidio frustrado

Defensor: Iván Cárdenas Cárdenas

28. Acoge recurso de nulidad presentado por la defensa. Anotación relativa a auto de procesamiento no es fundamento válido para denegar la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior ([CA Valdivia 10.09.2019 ROL 704-2019](#))

Normas asociadas: CPP ART.373b; CP ART. 11N°6

Tema: Recursos; Atenuantes

Descriptor: Recurso de Nulidad; Irreprochable conducta anterior; Presunción de inocencia; Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal

Magistrados: Luis Moisés Aedo Mora; Juan Correa Rosado; Juan Vidal Etcheverry

SINTESIS: Defensa recurre de nulidad contra la sentencia de Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno que condenó al acusado F.J.G.M. como autor del delito de homicidio frustrado. Refiere que los juzgadores incurrieron en una errónea aplicación del derecho al no considerar la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, argumentando la existencia de una anotación en el extracto de filiación y antecedentes del acusado, relativa a un sometimiento a proceso por hechos acaecidos estando vigente el sistema penal inquisitivo de justicia penal. El Tribunal de Alzada establece que, en efecto, la interpretación efectuada por la sentencia en torno a la atenuante alegada constituye un error de derecho, toda vez que denegarla en razón a una anotación relativa a un auto de procesamiento que no derivó en sentencia condenatoria resulta contrario al principio de presunción de inocencia. De esta manera, no existiendo otra anotación en el extracto de filiación y antecedentes, la atenuante debió haber sido acogida. Por tanto, declara que se acoge el presente recurso de nulidad (Considerando 5º, 6º).

Texto íntegro:

Valdivia, diez de septiembre de dos mil diecinueve.

VISTO:

El veintiséis de agosto de dos mil diecinueve se llevó a efecto la audiencia para conocer el recurso de nulidad interpuesto por el señor Iván Cárdenas Cárdenas, abogado defensor penal público, por su representado Francisco Javier Godoy Meneses, en contra de la sentencia dictada por sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, que resuelve: *declara que Francisco Javier Godoy Meneses, CNI 18.823.500-K, es el autor del homicidio frustrado cometido en Osorno la noche del 15 de Noviembre de 2017 en perjuicio de César Aguilar Cisternas y María Igor Igor y, en consecuencia, le es impuesta una pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo; la accesoria de*

inhabilitación absoluta perpetua para cargos, oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, con costas.

Es absuelto de los cargos que como autor de tenencia de municiones, como autor de tenencia de arma de fuego, como autor de receptación y como autor de tráfico de pequeñas cantidades de droga formulara el Ministerio Público en su contra en estos autos, sin costas por estimar que el persecutor tuvo motivo plausible para acusar.

Conforme a la extensión de la pena corporal impuesta no procede en favor del sentenciado ninguna pena sustitutiva y en consecuencia cumplirá efectivamente la pena impuesta desde que se presente a hacerlo o sea habido, sirviéndole de abono el tiempo que en estos autos ha permanecido privado de libertad desde el 26 de Enero de 2017 al 14 de Setiembre de 2017; desde el 14 de Setiembre de 2017 hasta el 17 de Noviembre de 2017, sujeto a arresto domiciliario total; y desde el 17 de Noviembre de 2017 hasta la fecha en prisión preventiva.

Regístrese la huella genética del condenado.

El Juez Claudio Vicuña Melo previene que, concurriendo a la decisión de absolución respecto a los delitos vinculados a los hallazgos en la casa ubicada en calle Santa Lucía N°2381 de esta ciudad el día veinticinco de enero del año dos mil diecisiete, arriba a esta por un motivo distinto al de la mayoría.

A saber, este Magistrado concluye que la prueba de cargo fue suficiente para establecer los respectivos hechos imputados pero hubo duda razonable de la efectiva participación en estos por parte del acusado Godoy Meneses, parecer que solo se transcribe en parte.

La defensa fundamenta su recurso de nulidad en la causal del artículo 373 letra b) Código Procesal Penal, acusando que en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, en relación a la no consideración de una circunstancia atenuante consistente en irreprochable conducta anterior. En su mérito pretende la invalidación del fallo y la dictación de otro en reemplazo que condene al acusado Francisco Javier Godoy Meneses, a sufrir una pena de presidio mayor en su grado mínimo, como autor de un delito frustrado de homicidio. En concreto, se solicita a su respecto una pena de 6 años de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales.

El señor Fiscal del Ministerio Público pidió el rechazo del recurso. OÍDOS Y CONSIDERANDO:

Primero: Que se condenó a Francisco Javier Godoy Meneses por su autoría en un delito frustrado de homicidio, previsto y sancionado en el artículo 391 número 2 del Código Penal, determinándose una pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos, oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, con costas. Además, el fallo resultó absolutorio en relación a otros delitos, cuya decisión no ha sido impugnada.

Los hechos acreditados en relación a este delito fueron los siguientes:

“El 15 de Noviembre de 2017, alrededor de las 23:00 horas, Francisco Javier Godoy Meneses junto a otro sujeto se acercaron a César Antonio Aguilar Cisterna y a María Belén Igor Igor, disparando ambos reiteradamente en dirección a ellos, a consecuencias de lo cual Aguilar Cisternas resultó con una herida a bala en la rodilla derecha e Igor Igor con una herida a bala en el muslo derecho”.

Segundo: Que el único cuestionamiento dice relación con la concurrencia de una circunstancia atenuante de responsabilidad penal, en concreto irreprochable conducta anterior, que la sentencia descarta en atención a una anotación en el extracto de filiación y antecedentes del acusado, relativa a un sometimiento a proceso por el delito de desertión.

El recurrente acusa errónea aplicación del derecho, aseverando que la jurisprudencia mayoritaria resta todo valor a los autos de procesamiento para no considerar irreprochable la conducta de una persona, atendido que se trata de anotaciones que no han derivado en condena y considerarla para desacreditar la atenuante atenta contra el principio de inocencia.

De haber estimado concurrente la atenuante la pena debió ubicarse en el mínimo del presidio mayor en su grado mínimo, solicitando una pena de seis años de privación de libertad, más accesorias legales.

Tercero: Que la causal de nulidad establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal opera *“Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”*.

Según la doctrina, la transgresión acusada puede ocurrir: contraviniendo la ley formalmente, interpretándola erróneamente o haciendo una falsa aplicación de ella. La causal esgrimida recae exclusivamente sobre aspectos de derecho, no pudiéndose alterar por intermedio de ella los hechos de la causa.

Conforme el artículo 385 del Código Procesal Penal, la dictación de sentencia de reemplazo originada por la declaración de nulidad del fallo recurrido, es una situación excepcional, que sólo procede en tres supuestos alusivos al fallo, cuando hubiere: a) calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal; b) aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna o c) impuesto una superior a la que legalmente correspondiere.

Cuarto: Que de una lectura detallada del fallo se advierte que el tribunal se hace cargo de la concurrencia de las atenuantes alegadas por la defensa durante el juicio en el considerando “décimo primero” y en particular, respecto a lo cuestionado en el recurso, en el primer párrafo que señala: *“Estiman estos sentenciadores que no concurre en favor de Godoy Meneses la minorante del artículo 11 no6 del Código Penal, pues no efectivo (sic) que su conducta anterior haya sido irreprochable desde que su extracto de antecedentes registra una anotación al haber sido sometidos a proceso por un delito de deserción, mácula que si bien no constituye un agravio definitivo, si configura un reproche suficiente para que su actuar pretérito no pueda ser considerado intachable”*.

Quinto: Que la interpretación efectuada en la sentencia en torno a la atenuante alegada constituye un error de derecho, en el entendido que la consideración a una anotación relativa a un auto de procesamiento sin existir sentencia condenatoria resulta contrario al principio de inocencia. De esta manera, no existiendo otra anotación en el extracto de filiación y antecedente, la atenuante debió ser acogida.

Sexto: Que atento a lo ya razonado se hace necesario acoger la causal de nulidad invocada por existir una errada aplicación de la norma prevista en el artículo 11 número 6 del Código Penal, en circunstancias que debió estimarse concurrente la atenuante de irreprochable conducta anterior, determinándose una pena dentro del mínimo del presidio mayor en su grado mínimo, esto es cinco años y un día a siete años y ciento ochenta y cuatro días. Al haberse establecido la pena en ocho años se ha cometido un error que debe ser enmendado, pues se sobrepasa el máximo posible para el caso concreto.

Y visto además, lo dispuesto en los artículos 297, 340, 341, 342, 373 letra b), 384 y 385 del Código Procesal Penal y 11 número 6 del Código Penal, se declara:

Que **se acoge** el recurso de nulidad interpuesto por el abogado defensor de la Defensoría Penal Pública Iván Cárdenas Cárdenas, por su representado Francisco Javier Godoy Meneses en contra de la sentencia de 29 de julio de 2019, dictada por el Tribunal de Juicio Oral de Osorno, en causa RIT 76-2019, RUC 1701088498-5, la cual que se anula parcialmente y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista.

Regístrese y comuníquese.

Redacción a cargo del Ministro Titular señor Juan Ignacio Correa Rosado.

N°Penal-704-2019.

Sentencia de reemplazo.

Valdivia, diez de septiembre de dos mil diecinueve.

VISTO:

De conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 385 del Código Procesal Penal se procede a dictar, acto seguido, sin nueva audiencia y en forma separada, la siguiente sentencia de reemplazo.

Que se reproduce la sentencia impugnada en lo referente a sus considerandos primero a noveno forma íntegra.

En lo referente al considerando undécimo o “décimo primero” se elimina su primer párrafo. Se mantiene sin cambio el considerando duodécimo o “décimo segundo”.

Se eliminan del considerando décimo tercero, solo en su primer párrafo, la expresión “que no concurren circunstancias modificatorias” que se reemplaza “por concurrir una atenuante” y también la expresión “la pena será impuesta en el tramo superior” que se reemplaza por “la pena será impuesta en el tramo inferior”, quedando lo demás sin cambios.

Y TENIENDO ADEMÁS Y EN SU LUGAR PRESENTE:

Primero: Que constatado que el extracto de filiación y antecedentes de Francisco Javier Godoy Meneses carece anotaciones pretéritas por condenas alusivas a crimen o simple delito, existiendo tan solo una anotación por un auto de procesamiento, se reconoce la concurrencia de la circunstancia modificatoria de responsabilidad prevista en el artículo 11 número 6 del Código Penal, consistente en irreprochable conducta anterior.

Segundo: Que, encontrándose frustrado el delito de homicidio simple, considerando lo dispuesto en el artículo 51 del Código Penal, se determina la pena en el presidio mayor en su grado mínimo, al ser el inmediatamente inferior en grado a la señalada por ley en el artículo 391 número 1 del mismo Código.

Tercero: Que concurriendo una circunstancia atenuante y ninguna agravante, atendido lo dispuesto en el artículo 67 inciso segundo del Código Penal, se determina la pena en el minimum del presidio mayor en su grado mínimo y considerando la extensión del mal causado al ser dos los afectados directos con la conducta del condenado, quien actuó de noche acompañado de terceros, demuestra un daño considerable, determinándose una pena privativa de libertad concreta de siete años de privación de libertad.

Y vistos, además, lo dispuesto en las normas legales citadas, se declara que **se condena** al acusado FRANCISCO JAVIER GODOY MENESES, cédula nacional de identidad N° 18.823.500-K, a la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos, oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas del procedimiento, en su calidad de autor del delito frustrado de homicidio simple, en las personas de César Aguilar Cisternas y María Igor Igor, previsto y sancionado en el artículo 391 número 1 del Código Penal, perpetrados el 15 de noviembre de 2017 en la ciudad de Osorno.

Regístrese y comuníquese.

Redacción a cargo del Ministro Titular señor Juan Ignacio Correa Rosado.

N°Penal-704-2019.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 739-2019

Ruc: 1601207616-2

Delito: Falsificación de licencia médica

Defensor: Daniel Castro González

29. Rechaza Recurso de Nulidad presentado por defensa particular. Se establece que la sentencia definitiva se ajusta a derecho al considerar que las penas accesorias del ilícito no quedan cubiertas por los beneficios de la Ley 18.216, sino sólo la principal [\(CA Valdivia 17.09.2019 ROL 739 - 2019\)](#).

Normas asociadas: CP ART.30; CPP ART.384; CPP. ART.373 b; CPP ART.385; L.18216.

Tema: Recursos; Interpretación de la ley penal; Ley de medidas alternativas a la privación/restricción de libertad.

Descriptores: Recurso de nulidad; Delitos funcionarios; Dererminación de sanciones; Falsificación; Funcionarios Públicos; Penas accesorias especiales.

Magistrados: Mario Kompattzki Contreras; Marcia Udurraga Jensen; María Del Río Tapia.

SINTESIS: Defensa privada interpone recurso de nulidad alegando la causal del art. 373 letra b) Código Procesal Penal, acusando que en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho, en particular al condenar al representado a diversas penas accesorias, en circunstancias que le fue concedida una pena sustitutiva, que en su concepto tiene la potencialidad de sustituir no solo la pena privativa de libertad, sino que todas aquellas otra de naturaleza accesorias, en particular aquella que contemplada en el art. 30 del Código Penal. La Corte rechaza el recurso de nulidad argumentando que no puede suspenderse lo accesorio de una sanción principal, pues las penas accesorias del ilícito no quedan cubiertas por los beneficios de la Ley 18.216, sino sólo la principal. (Considerando 6º, 7º)

Texto Integro:

Valdivia, diecisiete de septiembre de dos mil diecinueve.

VISTOS:

En causa rol de ingreso penal de esta Ilustrísima Corte 739-2019, RUC 1601207616-2, RIT 107-2019 del Juzgado de Letras Garantía y Familia de Panguipulli, con fecha diez de septiembre de dos mil diecinueve se llevó a efecto la audiencia para conocer el recurso de nulidad interpuesto por doña Nidia Asencio Serón, abogada defensora, por su representado O.S.G en contra de la sentencia dictada el siete de agosto de dos mil diecinueve por el juez titular don Felipe Andrés Muñoz Hermosilla.

Alega la causal del artículo 373 letra b) Código Procesal Penal, acusando que en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en particular al condenar a su representado a diversas penas accesorias, en circunstancias que le fue concedida una pena sustitutiva, que en su concepto tiene la potencialidad de sustituir no solo la pena privativa de libertad, sino que todas aquellas otras de naturaleza accesoria, en particular aquellas del artículo 30 del Código Penal. En mérito de sus argumentos pretende la invalidación del fallo y la dictación de otro en reemplazo de lo pertinente.

OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, mediante la sentencia recurrida se condenó a L.G en calidad de autor, del delito de falsificación de licencia médica, previsto y sancionado en el artículo 202 inciso 2° del Código Penal, perpetrado el día 12 de septiembre de 2016, a sufrir la pena de cuarenta y un días de prisión en su grado máximo; a la pena accesoria del artículo 30 del Código Penal, esto es, de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y a la pena de multa de 25 unidades tributarias mensuales. Asimismo, cumpliéndose los requisitos establecidos en la ley 18.216, se le sustituyó la pena corporal impuesta, por la pena de remisión condicional de la pena, debiendo quedar sujeto al control del Centro de Reinserción Social de Gendarmería de Chile, correspondiente a su domicilio, por el lapso de la pena corporal impuesta.

Segundo: A modo de contextualizar el entorno fáctico que motivó la condena, cabe consignar que los hechos acreditados fueron los siguientes: “El día 12 de septiembre de 2016, el requerido O.S.L.G., a través de una tercera persona, presentó ante el Cesfam Coñaripe, la licencia médica N° 2-52028136, la cual resultó ser falsa, pues éste procedió a efectuar su llenado, indicando en ella, entre otras cosas, que padecía de bronquitis aguda, con un reposo de 4 días a contar de la citada fecha, supuestamente suscrita por el Médico General Víctor Manso Regalado, en circunstancias que éste nunca realizó atención medica alguna al requerido”.

Tercero: La defensa cuestiona la imposición de la pena accesoria, en particular aquella contemplada en el artículo 30 del Código Penal, estimando que no correspondía imponer tal pena porque en su opinión se ve alcanzada por la suspensión de la pena privativa de libertad al concederse remisión condicional, acusando errónea aplicación del derecho con impacto en la garantía del debido proceso, conforme al art. 19 N° 3 de la Constitución Política de la República de Chile; artículos 1 y 30 del Código Penal; artículo 1 N° 1 de la ley 20.603, y art. 1 de la ley 18.216.

Cuarto: La causal de nulidad establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal opera “Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

Asimismo, dando cuenta del alcance de dicha causal, en sentencia dictada en Rol N°2095-2011, con fecha 2 de mayo de 2011, la Excma. Corte Suprema hizo referencia a las directrices fijadas por la doctrina y jurisprudencia en esta materia, indicando que ésta: “...concorre únicamente en los siguientes casos: a) cuando existe una contravención formal del texto de la ley, es decir cuando el juzgador vulnera de manera palmaria y evidente, el texto legal; b) cuando se vulnera el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica que sirvió de base y fundamento para la dictación de una sentencia; y c) cuando

existe una falsa aplicación de la ley, situación que se verifica cuando el juzgador deja de aplicar una norma jurídica, cuando resulta realmente pertinente su aplicación”.

Conforme el artículo 385 del Código Procesal Penal, la dictación de sentencia de reemplazo originada por la declaración de nulidad del fallo recurrido, es una situación excepcional, que sólo procede en tres supuestos alusivos al fallo, cuando hubiere: a) calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal; b) aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna o c) impuesto una superior a la que legalmente correspondiere.

Quinto: El artículo 1 de la ley 18.216 dispone: “La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga (...)”.

Atingente resulta lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal que dispone: “Siempre que el tribunal imponga una pena que lleve consigo otras por disposiciones de la ley, según lo prescrito en el párrafo 3º de este título, condenará también al acusado expresamente en estas últimas”.

Sexto: En razón de las normas señaladas el marco de aplicación de las penas sustitutivas se encuentra circunscrito a las penas privativas de libertad, tal como lo expresa el inciso primero del artículo 1 de la ley 18.216, de manera que no resulta procedente la pretensión de la recurrente en orden a extender dicha aplicación a las penas accesorias, situación que contraviene lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal.

Séptimo: De este modo no se aprecia que la sentencia adolezca del vicio reclamado con la causal expuesta en el recurso, pues el tribunal efectuó una calificación jurídica y determinó las consecuentes penas, sobre la base de los hechos acreditados, aplicando en forma correcta, dentro del marco legal, las diversas sanciones accesorias que no se ven alcanzadas por la suspensión contemplada en la ley 18.216.

Así ha sido también resuelto por esta Corte en los roles 872-2018 y 376-2019, entre otros.

En este sentido, además, resalta el fallo de la Sala Penal de la Excma. Corte Suprema, recaído en el Rol N°8897-2017, el cual, con pretensión de uniformidad, según se recoge expresamente de su motivo segundo, y en el marco de la decisión de un recurso de nulidad similar al planteado ante esta sede, resuelve que no puede suspenderse lo accesorio de una sanción principal, pues las penas accesorias del ilícito no quedan cubiertas por los beneficios de la Ley 18216, sino sólo la principal.

Por su parte, igual resultado interpretativo realizó la contraloría General de la República en su Dictamen 7986 de 22 de marzo de 2018.

Y visto además, lo dispuesto en los artículos 76 del Código Penal, 297, 340, 341, 342, 373 letra b), 384 y 385 del Código Procesal Penal y 1 de la ley 18.216 se declara:

Que, se **RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por la abogada defensora doña Nidia Asencio Serón, en representación de don O.S.L.G., en contra de la sentencia de siete de agosto de dos mil diecinueve, dictada por el Juzgado de Letras Garantía y Familia de Panguipulli, la cual no es nula.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro don Mario Julio Kompatzki Contreras

Rol 739 – 2019

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Rol: 841-2019

Ruc: 1910035482-1

Delito: Estafa y apropiación indebida

Defensor: Alexis Norambuena Alvarez

30. Acoge recurso de hecho presentado por defensa particular. Se argumenta que la entrega de la cosa estafada a la víctima es apelable por tratarse de una sentencia interlocutoria que falla un incidente del juicio estableciendo derechos permanentes para las partes al tenor del art. 187 del Código Procesal Penal en relación con el art. 52 del Código de Procedimiento Civil. [\(CA De Valdivia 08.10.2019 ROL 841-2019\)](#)

Normas asociadas: CPP ART.52; CPP ART.189; CPP ART. 371; CPC ART. 203 Y SS.

Tema: Recursos; Disposiciones comunes a todo procedimiento; Interpretación de la ley penal;

Descriptores: Estafa; Recurso de Hecho

Magistrados: Carlos Gutierrez Zavala; Luis Aedo Mora; Luis Durán Roubillard.

SINTESIS: Defensa interpone recurso de hecho argumentando que la resolución que ordena al querellado la entrega de un vehículo corresponde a una acción de carácter civil para la restitución de la cosa conforme a lo dispuesto en el art. 59 inc. 1º del Código Procesal Penal, el cual debe ser sustanciado en conformidad al art. 189 del cuerpo legal citado. La Corte estima que la resolución apelada que se pronuncia en el proceso penal sobre la entrega de la cosa estafada a la víctima es apelable conforme a lo dispuesto en el artículo 370 letra a) CPP al poner término a la tramitación de dicho procedimiento. Por lo demás, al no existir regulación expresa acerca de la impugnación de la decisión a que se refiere el artículo 189 inc. 2º del Código Procesal Penal, no resulta aplicable la limitación recursiva prevista en el art. 370 del mismo Código. Por consiguiente, el tenor de lo dispuesto en el art. 52 del Código Procesal Penal en relación con el art. 187 del Código de Procedimiento Civil, la resolución impugnada resulta apelable al tratarse de una sentencia interlocutoria que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes para las partes. (Considerando 2º, 3º, 4º).

Texto Integro:

Valdivia, ocho de octubre de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Comparece don Roberto Hernán Fuentes Lois, abogado, en representación del querellado, don A.A.R, en causa RIT O-3890-2019 del Juzgado de Garantía de Osorno, quien recurre de hecho en contra de la resolución de fecha diecisiete de septiembre de dos mil diecinueve que no concedió el recurso de apelación interpuesto por su parte en

contra de la resolución que ordenó la entrega del vehículo GHLS-9, el cual debió concederse.

Sostiene que en audiencia de diez de septiembre del presente año, se ordenó al entrega del vehículo de propiedad del querellado, lo que constituye una verdadera medida precautoria reglada en el artículo 157 del Código Procesal Penal en relación al Libro II del Código de Procedimiento Civil. Estima que el recurso de apelación debió concederse, pues la resolución impugnada (sentencia interlocutoria que establece derechos permanentes en favor de las partes) resulta encuadrable en la hipótesis de la letra b) del artículo 370 del Código Procesal Penal, por aplicación analógica de las normas del código adjetivo civil.

Pide se acoja el recurso y se declare que la apelación que no fue concedida, es admisible.

Informando el recurso, don Gabriel Felipe Ortiz Salgado, Juez Titular del Juzgado de Garantía de Osorno, expone que no dio lugar al recurso de apelación, porque la naturaleza jurídica de la resolución recurrida no es susceptible de apelación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal penal.

Señala que el derecho procesal penal contempla un régimen estricto y limitado de recursos. Agrega que las reclamaciones o tercerías que los intervinientes o terceros entablen durante la investigación tienen como único fin la declaración del eventual derecho que el reclamante pueda tener sobre la cosa, pero no es asimilable a una medida precautoria.

Se tuvo a la vista a través del sistema informático la causa RIT O-3890-2019 del Juzgado de Garantía de Osorno.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el recurso de hecho es aquel acto jurídico procesal de parte que se realiza directamente ante el Tribunal superior jerárquico, a fin de solicitarle que enmiende con arreglo a derecho la resolución errónea pronunciada por el inferior acerca del otorgamiento o denegación de una apelación interpuesta por él. (*Mosquera, Mario y Maturana, Cristián, Los Recursos Procesales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 223*).

SEGUNDO: Que, la resolución apelada ordena al querellado la entrega del vehículo GHLS-9, es decir, corresponde a una acción de carácter civil para la restitución de la cosa, que conforme a lo dispuesto en el artículo 59 inciso 1° del Código Procesal Penal, debe ser sustanciada de conformidad a lo establecido en el artículo 189 del cuerpo legal citado.

TERCERO: Que, en consecuencia, la resolución apelada es aquella que se pronuncia en el proceso penal sobre la entrega de la cosa estafada a la víctima (dueña), la que conforme lo dispuesto en el artículo 370 letra a) del Código Procesal Penal, es apelable al poner término a la tramitación de dicho procedimiento y, por tanto, el presente recurso de hecho debe ser acogido, tal como se dirá en lo resolutivo de este fallo.

CUARTO: Que, por lo demás, al no existir regulación expresa acerca de la impugnación de la decisión a que se refiere el artículo 189 inciso 2° del Código Procesal Penal, no resulta aplicable la limitación recursiva prevista en el artículo 370 del mismo Código.

Por consiguiente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 52 del Código Procesal en relación con el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, la resolución impugnada resulta apelable, al tratarse de una sentencia interlocutoria que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes en favor de una de las partes.

Por lo expuesto, normas citadas, y visto además lo dispuesto en el artículos 52, 189, 369 y 371 del Código Procesal Penal; y artículos 203 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se **ACOGE** el recurso de hecho interpuesto por el abogado don Roberto Hernán Fuentes Lois, y, en consecuencia, se declara admisible y se concede en el solo efecto devolutivo el recurso de apelación deducido en contra de la resolución de diez de septiembre de dos mil diecinueve, dictada en causa RIT O-3890-2019 del Juzgado de Garantía de Osorno, debiendo el tribunal a quo remitir los antecedentes vía interconexión para su conocimiento y resolución.

Comuníquese lo resuelto al Juzgado de Garantía de Osorno. Regístrese, comuníquese y archívese, en su oportunidad.-

Rol 841 – 2019 PEN.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Rol: 850-2019

Ruc: 1801227409-0.

Delito: Desacato

31. Acoge Recurso de Nulidad interpuesto por Fiscal del Ministerio Público. Se estima que el delito de desacato, cuando hay una prohibición de acercarse a la víctima, se produce con la sola circunstancia de concurrir el acusado al domicilio, no siendo exigencia el ingreso a este. [\(CA Valdivia 28.10.2019 ROL 850-2019\)](#)

Normas asociadas: CP ART.240; CPP ART.374 e; CPP ART.347 c; CPP, ART. 297; CPP ART.372; CPP ART.384; CPP ART.385.

Tema: Recursos; Interpretación de la ley penal; Medidas Cautelares

Descriptor: Recurso de nulidad; Medidas Cautelares Personales; Prohibición de acercarse a la víctima; Violencia intrafamiliar.

Magistrados: María Piñeiro Fuenzalida; Juan Vidal Etcheverry; María Del Río Tapia

SINTESIS: Ministerio Público interpone recurso de nulidad previsto en el art. 374 letra e) por haberse omitido en la sentencia las exigencias del art. 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal, argumenta que la sentencia recurrida pronunciada el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal absolvió al acusado del delito de desacato porque la prueba rendida no logró formar en los sentenciadores el estándar de convicción que le obliga el art. 340 del Código Procesal Penal, estableciendo que para la realización del tipo sólo es posible cometer este delito con dolo directo. La Corte acoge el recurso estableciendo que la prohibición del imputado era la de acercarse a la víctima, a su domicilio, lugar de estudio y de trabajo, la prohibición no consiste en ingresar al domicilio, sino que se satisface con la sola circunstancia de concurrir el acusado al domicilio de la víctima, la prueba rendida no fue analizada, ni valorizada completamente, de acuerdo a los principios de la lógica en relación con sus parámetros de la no contradicción y de la razón suficiente, y estas en relación la prueba documental acompañada. En este contexto, la sentencia no analizó toda la prueba conforme que dispone el art. 297 del Código Procesal Penal, lo que hace procedente acoger esta causal del recurso y anular el juicio y la sentencia (Considerandos 2º, 4º, 7º y 8º).

Texto íntegro:

Valdivia, veintiocho de Octubre de dos mil diecinueve,

VISTOS:

Comparece en causa RUC N° 1801227409-9 y RIT TOP N° 105-2019 seguida por el delito de Desacato en contra J.A.A.S, el Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Osorno, quién interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva notificada con fecha 13 de Septiembre de 2019 por medio de la cual se absolvió al acusado como autor del delito consumado de Desacato, previsto y sancionado en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil en grado de consumado. Inicia el desarrollo de su recurso, con la

exposición de los hechos de la acusación, que en general consistió que día 21 de Marzo de 2018, mediante resolución pronunciada en causa RUC 1800179353-1, del Juzgado de Garantía de Osorno, en audiencia de Procedimiento Simplificado por el delito Amenazas en contexto de Violencia Intrafamiliar, al acusado le fue impuesta las accesorias especiales de las letras a), b) y c) del artículo 9° Ley 20.066, consistentes en el abandono del hogar que compartía con doña M.C.A.O; prohibición de acercarse a la persona, domicilio ubicado en Pasaje Teno N° 2293 de Osorno, a su lugar de estudio y trabajo y la Prohibición de portar y tener armas de fuego, por el termino de 1 año. Prosigue indicando que el 11 de Diciembre de 2018, aproximadamente a las 10:00 hrs., en circunstancias que la víctima M.C.A.O, estaba en su domicilio ya indicado, llegó al lugar el imputado incumpliendo con esta acción la medida cautelar decretada en su contra y que se encontraba vigente, ocasión que fue detenido por personal de Carabineros. Se refiere después a la sentencia recurrida, transcribiendo primero el considerando décimo en el cual se razonó la convicción de absolver al acusado, y después el considerando octavo que dio por establecido que el acusado estaba fuera del domicilio de la víctima. Procede a continuación a desarrollar la causal invocada, prevista en el artículo 374 letra e) del Código

Procesal Penal, en relación al artículo 342 letra d) del mismo cuerpo legal, estimando que en la sentencia se ha omitido señalar la o las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias para fundar el fallo, particularmente la absolución del acusado J.A.A.S, y señala al efecto el recurrente que si bien la sentencia recurrida en su considerando Décimo da razones del fallo absolutorio, se trata más bien de fundamentaciones genéricas vacías de contenido concreto, que podrían perfectamente aplicarse a cualquier sentencia y sin que se explique realmente cuales son las razones legales o doctrinarias que amparan el fallo absolutorio.

Agrega que la falta de razones legales o doctrinales concretas al caso se hacen necesarias, considerando que el mismo Tribunal dio por acreditado la existencia de la prohibición de acercarse a la persona, y también que el acusado a la llegada del personal policial se encontraba afuera del domicilio de la Sra. M.C.A.O, respecto del cual tenía prohibición de acercarse. Concluye su recurso solicitando se eleve ante esta Corte a objeto se acoja por la causal de nulidad invocada y que al conocer de este, invalide el juicio y la sentencia recurrida, determinando el estado en que debe quedar el procedimiento y el Tribunal no inhabilitado que deba conocer del nuevo juicio, ordenando se le remitan los autos.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la sentencia recurrida pronunciada el Tribunal en Juicio Oral en lo penal de Osorno, absolvió al acusado J.A.A.S de la acusación fiscal deducida en su contra como autor de un delito de desacato, previsto y sancionado en el artículo 240 del Código de procedimiento Civil, hecho supuestamente ocurrido el día 11 de Diciembre del año 2018 en esa ciudad. Para fundamentar su conclusión absolutoria, el Tribunal a quo razonó en el considerando decimo que la prueba rendida no logró formar en los sentenciadores, el estándar de convicción que le obliga el artículo 340 del Código Procesal Penal, de manera que al condenarse al acusado, este estándar se rebajaría, en circunstancias que en materia penal es más alto, sin que la prueba haya podido derribar la presunción de inocencia.

SEGUNDO: Que, el recuso se interpuso por la causal de nulidad prevista en el artículo 374 letra e) del mismo Código, al haberse omitido en la sentencia las exigencias del artículo 342 la letra c), en relación con el análisis y ponderación de la prueba. En general,

la recurrente estima que la sentencia no fundamentó su decisión absolutoria, y que aquellas contenidas en el considerando décimo son de carácter genéricas y vacías de contenido, las que resultan aplicables a cualquier sentencia y sin que se haya explicado cuales son las razones jurídicas o doctrinarias por las cuales se adoptó la decisión condenatoria, en circunstancias

que en el considerando Octavo el Tribunal dio por acreditado el hecho que el imputado se acercó al domicilio al cual tenía prohibición de hacerlo.

TERCERO: Que, en el considerando Quinto de la sentencia se consignó la prueba de cargo y específicamente las declaraciones de los funcionarios de Carabineros Miguel Sebastián Coronado Solís y Jordy Patricio Contreras Ulloa, quienes en general refirieron que el día de los hechos encontrándose ambos de servicio, recibieron una llamada desde la central de comunicaciones para verificar un procedimiento por una solicitud de ayuda y al dirigirse al domicilio de calle Teno XXXX de la ciudad de Osorno, los recibe una mujer individualizada como M.C.A.O, la cual les manifestó que escuchó que lanzaban piedras a su techo sindicando a su ex cónyuge como el autor del hecho, quién tenía prohibición de acercarse al domicilio, procediendo a detener al acusado quien estaba frente al domicilio, siendo trasladado a la unidad policial. El funcionario Contreras Ulloa también expuso que el acusado en esos momentos estaba en estado de ebriedad. Ambos testigos reconocieron al imputado J.A.A.S en la audiencia. Se acompañó también copia de la sentencia recurrida en causa 662- 2018, en la cual se le impuso las prohibiciones al condenado J.A.A.S. La víctima no prestó declaración y por su parte el acusado guardó silencio y no rindió prueba.

CUARTO: Que, en el considerando octavo, la sentencia valoró la prueba rendida citando para ello al artículo 297 del Código Procesal Penal, analizando en primer lugar el delito de desacato, previsto y sancionado en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, el que sanciona a quien quebrante lo ordenado cumplir, estimando que para la realización del tipo sólo es posible cometer este delito con dolo directo, lo que descarta la posibilidad de su comisión con dolo eventual, no siendo por ello exigible al infractor la representación de la posibilidad del incumplir con su conducta lo mandado. Se refiere este considerando a la

prueba incorporada, indicando que lo debatido se centró en acreditar el incumplimiento de la prohibición al acusado, resaltando que no fue escuchado el relato de la víctima circunscribiéndose a la declaración de los funcionarios de Carabineros que participaron en el procedimiento policial, quienes dieron cuenta de que el día de los hechos una recurrente que identificaron como doña M.C.A.O, solicitaba ayuda porque tenía problemas con su ex conviviente, J.A.A.S, quien se encontraba afuera del domicilio y que a su llegada estaba frente al portón, por lo que proceden a su detención en la vía pública. El Tribunal razonó a continuación que la prohibición en cuestión, no fue dada con un rango o perímetro de acercamiento a dicho domicilio como ocurre en otras ocasiones, por lo que dicha prohibición debe ser entendida de manera estricta, esto es, de ingresar al domicilio de la víctima, sin que exista ningún elemento probatorio que lleve a concluir o dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que el acusado J.A.A.S, el día de ocurrencia de los hechos acusados, se encontró en el interior del domicilio de Pasaje Teno N° XXXX, de Osorno, por lo que su actuar no se encuadra en el tipo penal acusado. Se destacó en este considerando que la víctima no prestó declaración.

QUINTO: Que, la sentencia en conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, debe hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida sin contradecir los principios de la lógica y las máximas de la experiencia. Las reglas de la

lógica se componen de principios como el de la no contradicción, según los cuales, una proposición no puede a la vez ser verdadera o falsa y que en términos más simples, significa que no puedan llegar a dos conclusiones distintas, y el principio de la razón suficiente, el cual alude a la circunstancia que una proposición o enunciación debe estar revestida de un grado de veracidad, que permita fundar una conclusión con exclusión de otra posibilidad.

Teniéndose en consideración que no fue controvertido que el imputado fue detenido frente a la vivienda de calle Teno N° 2293, la conclusión del tribunal a quo ha tenido como fundamento que la prohibición que pesaba para el imputado y condenado en la causa RIT 662-2018, consistía en no ingresar al domicilio de la víctima, lo que no se estableció con la prueba rendida.

SEXTO: Que, la sentencia dictada en causa Ruc 1800179353-1 RIT 662- 2018, de fecha 21 de Marzo de 2018, cuya copia se incorporó en el juicio, dictada por el Juzgado de Garantía de Osorno, condenó a J.A.A.S, como autor del delito consumado de Amenazas simples contra persona y propiedades en el contexto VIF, previsto y sancionado en el artículo 296 N° 3 del Código Penal vinculado con los artículos 1 y 5 de la Ley 20.066, cometido en esa comuna el día 20 de Febrero de 2018, en perjuicio de doña M.C.A.O, a la pena accesoria por el término de un año, de abandono del hogar que compartía con doña M.C.A.O; la prohibición de acercarse a la persona, domicilio Pasaje Teno N° XXXX, Osorno, lugar de estudio y trabajo de la víctima y la prohibición de portar y tener arma de fuego.

SEPTIMO: Que, la prohibición del imputado era la de acercarse a la víctima, a su domicilio, lugar de estudio y de trabajo. La sentencia citada en el considerando precedente se refiere a conductas de acercamiento a la persona y lugares que se indica. No señala que la prohibición consista en ingresar al domicilio, resultando acorde con su redacción y sentido que la prohibición lo sea respecto del domicilio, lugar de estudio y de trabajo, lo cual no fue objeto de análisis en la sentencia recurrida. Sin perjuicio de lo recién indicado, la circunstancia de acercamiento a la persona de la víctima, también se produce con la sola circunstancia de concurrir el acusado al domicilio de esta ubicado en calle Teno N° XXXX de Osorno. La sentencia recurrida no formuló en la valoración de la prueba, lo expuesto, lo cual emana de la prueba testimonial en relación con la prueba documental rendida, resultando esencial para formar la convicción el análisis de la prueba de acuerdo con este contexto.

OCTAVO: Que, el recurrente solicitó se declare la nulidad de la sentencia, invocando la causal del artículo 374 letra e), en relación con los artículos 374 letra c) y 297 del Código Procesal Penal. Al respecto, lo expuesto en los considerandos precedentes permite concluir que la prueba rendida no fue analizada ni valorizada completamente, de acuerdo con los principios de la lógica en relación con sus parámetros de la no contradicción y de la razón suficiente, y estas en relación con la prueba documental acompañada. En este contexto, la sentencia no analizó toda la prueba conforme que dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal, lo que hace procedente acoger esta causal del recurso y anular el juicio y la sentencia.

Por éstas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 372 y 384 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que se **ACOGE** el recurso de nulidad interpuesto por la Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Osorno, en contra de la sentencia de autos de fecha 13 de Septiembre del 2019 dictada por la Sala del Tribunal

de Juicio Oral en lo Penal de Osorno y se declara en su lugar que se anula el juicio y la sentencia recurrida, determinándose que se retrotrae el procedimiento al estado de realizarse una nueva audiencia de juicio por Tribunal no inhabilitado.

Regístrese y comuníquese.

Redactada por el Abogado Integrante Sr. Juan Carlos Vidal Etcheverry.

Roi 850 – 2019 PEN.

Tribunal: Corte De Apelaciones de Valdivia.

Rol 861-2019

Ruc: 1900223106-1

Delito: Robo con intimidación.

Defensor: Marlis Cristina Sagner Tapia

32. Rechaza recurso de nulidad interpuesto por Defensoría Penal Pública. Se establece que es correcta la apreciación del TOP al dar la calificación jurídica de robo con intimidación y no de robo por sorpresa, argumentado que al ser la víctima una persona de menor fuerza física y que está siendo violentada por un sujeto, que en el proceso de acercamiento intima con urgencia y reiteración la entrega de la cosa, constituye la intimidación de la que versa el art. 439 del Código Penal. [\(CA de Valdivia 11.11.2019 ROL 861-2019\)](#)

Normas asociadas: CP ART.436; CP ART. 439; CPP ART.374 e; CPP ART.342 c; CPP ART.373 b; CPP ART. 297; ART. 385.

Tema: Recursos; Interpretación de la ley penal

Descriptor: Recurso de nulidad; Medio comisivo; Delitos contra la propiedad

Magistrados: Gloria Hidalgo Alvarez; Juan Varas Braun; Carlos Gutierrez Zavala.

SINTESIS: Se deduce por parte de la defensa recurso de nulidad del art. 374 letra e) en relación con el art. 342 letra c) y subsidiariamente se deduce el recurso de nulidad del art. 373 letra b) del Código Procesal Penal. La Corte estima que la intimidación a que se refiere el art. 439 del Código no requiere que exista un “maltrato de obra o de palabra”, la norma es clara en equiparar a la violencia, la intimidación en las personas a “los malos tratamientos de obra”, “las amenazas ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten” y en tercer lugar “a cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar la manifestación o entrega”, resultando claro, que al ser la víctima una persona de menor fuerza física, que está siendo violentada por un sujeto, y el acto de iniciar el proceso de acercamiento de un segundo sujeto que además intima con urgencia y reiteración la entrega, constituye la intimidación de la que habla el art. 439, de modo tal que al entenderlo de igual manera, la sentencia recurrida no ha podido incurrir en un error de Derecho que haga anulable, por esta razón se rechaza el causal del art. 373 letra b) del Código Procesal Penal (Considerando 3º, 7º, 8º, 9º, 11º, 12º).

Texto íntegro:

Valdivia, once de noviembre de dos mil diecinueve.

VISTOS:

En causa rol de ingreso penal de esta Ilustrísima Corte 861-2019, RIT 106-2019, RUC 1900223106-1 del Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, con fecha veintidós de octubre de

dos mil diecinueve se llevó a efecto la audiencia para conocer el recurso de nulidad interpuesto por doña Marlis Cristina Sagner Tapia, abogada defensora penal público de esa ciudad, en representación del condenado A.A.M.J, en contra de la sentencia dictada por el mencionado tribunal, integrado en su oportunidad por doña Patricia Gallardo Maldonado (quien presidió) e integrada por don Claudio Vicuña Melo y don Marcelo Reuse Staub (quien tuvo a su cargo la redacción del fallo), todos Jueces Titulares.

Invoca la recurrente como principal la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, acusando que en el pronunciamiento de la sentencia se ha omitido el requisito contemplado en la letra c) del artículo 342, esto es, "la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297". De modo subsidiario, invoca la causal del artículo 373 letra b) del mismo cuerpo legal, esto es, acusa que en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho, que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

OÍDOS LOS INTERVINIENTES y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante la sentencia recurrida se condenó a don A.A.M.J: A) a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales, como autor de un delito de robo con intimidación cometido en la persona de Y.R, en grado de consumado, ilícito previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero del Código Penal, en relación con los artículos 432 y 439 del mismo cuerpo legal, perpetrado en la ciudad de Osorno con fecha 27 de febrero del año 2019; B) a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, multa de seis UTM y accesorias legales, como autor de un hurto simple consumado del artículo 446 N°2 del Código Penal, perpetrado en Osorno con fecha 27 de febrero del año 2019; y C) a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, multa de cinco UTM y accesorias, como autor de un delito consumado de hurto simple del artículo 446 N°3 del Código Penal, perpetrado también en Osorno con fecha 27 de febrero del año 2019. Los hechos acreditados, de acuerdo con la sentencia impugnada, fueron los siguientes (Motivo Noveno): "Primer hecho:

Que, alrededor de las 13:00 horas del día 27 de febrero del año 2019, en circunstancias que el imputado A.A.M.J en compañía de otros dos sujetos de distinto sexo, se movilizaban a bordo de un vehículo marca Nissan P.P.U. DS 9612, al llegar a los alrededores de las calles Pufayo con Panguimapu, observaron un camión de la empresa Lipigas que estaba detenido, ya que su encargado O.S se encontraba en la parte posterior del mismo móvil. En dichas circunstancias y previamente concertados, a lo menos uno de ellos ingresó a la cabina del vehículo, logrando sustraer con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueño, diversas especies entre las que se cuentan: una impresora, un capturador de pedidos y unas libretas, especies con las cuales huyeron del lugar y que fueron valuadas en la suma de \$1.400.000 (un millón cuatrocientos mil pesos). Segundo hecho: Que, momentos más tarde, a bordo del mismo vehículo referido en el hecho anterior, el imputado A.A.M.J en compañía de los otros dos sujetos de distinto sexo, llegaron hasta la intersección de las calles Panguimapu con La Cumbre de esta ciudad, lugar por donde transitaba la víctima Y.R. En esas circunstancias, el sujeto de sexo masculino que acompañaba al acusado A.A.M.J abordó a la víctima, intentando arrebatárle la cartera que portaba y ante la oposición de Y.R, el imputado A.A.M.J efectuó ademanes de bajarse del vehículo junto con requerirle verbalmente la entrega de la especie, lo que genera que ella desista de su oposición, logrando el otro sujeto sustraérsela, especie con la cual se dan a la fuga. Tercer hecho: Luego, a bordo del

mismo móvil, el imputado A.A.M.J en compañía de los otros dos sujetos de distinto sexo llegaron hasta calle Aleucapi de esta ciudad, se ubicaron a un costado de un microbús estacionado. En tales circunstancias y previamente concertados, a lo menos uno ellos se bajó del vehículo, abrió la ventana del microbús, para de esa manera sustraer un bolso tipo “banano” que contenía especies en su interior, valuadas en la suma de \$150.000 pesos, dándose todos a la fuga con dichas especies. Posteriormente, el imputado A.A.M.J fue detenido por Carabineros junto a la mujer que también se trasladaba con él y el otro sujeto en un vehículo, la que mantenía en su poder la cartera que previamente había sido sustraída a Y.R.”

SEGUNDO: Que el motivo absoluto de nulidad que la Defensa ha invocado en calidad de principal, como se dicho, dice relación con la omisión, en la sentencia, de alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e). La recurrente sostiene que el tribunal de primer grado no dio cumplimiento a lo que indica la letra c) de dicha norma, en cuanto exige que la sentencia debe contener “la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”. A su turno, el artículo 297 del citado Código Procesal Penal expresa que “los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”. Agrega: “el tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo”. Y luego añade: “La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para analizar las conclusiones a que llegue la sentencia”.

TERCERO: Que, en concreto, la recurrente impugna la sentencia que condena a su defendido porque echa en ella de menos una valoración conjunta de la prueba rendida por el ente acusador, indicando que “si se analiza a conciencia el considerando noveno del fallo recurrido, las dudas planteadas por la Defensa no son analizadas en lo absoluto, de hecho el fallo recurrido se limita únicamente a dar por reproducida las declaraciones de los testigos y la restante prueba de la fiscalía sin que se haga un análisis global de ella.”

CUARTO: Que corresponde, entonces, examinar si la sentencia incurrió en la omisión que alude la defensa de los acusados. Desde luego, el concepto de “omisión” que emplea el artículo 374 no debe entenderse en su sentido literal absoluto como “abstención de hacer o decir”, y por ello aplicable sólo a los casos en que el Tribunal haya dejado de hacerse cargo de la prueba producida, sino también a aquellos casos en que el cumplimiento de la obligación de fundamentar resulte insuficiente. Es decir, la “omisión” es una cuestión no binaria, sino que de grados de suficiencia. En este contexto, entonces, “omisión” significa abstención de hacer lo debido de modo suficiente o en el grado necesario en relación a los fines perseguidos por el legislador al establecer el deber de fundamentar.

QUINTO: Que, en referencia al punto planteado por la Defensa en su recurso, considera esta Corte que la sentencia no incurre en la infracción denunciada, toda vez que: A) cuando analiza cada medio de prueba por separado, en el Considerando Octavo, lo hace

de una manera positivamente contextual y relacional (por ejemplo, indicando que “lo manifestado por el testigo Barría Schulz debe relacionarse con el tercer hecho que se dio por establecido”, o que “el testigo Barría Treufo, en general ratifica la información proporcionada por Barría Schulz”, o que la declaración de un tercer testigo “guarda relación con la dinámica descrita por los testigos cuyas declaraciones se consignaron en las letras anteriores de este motivo, permitiendo vincular los hechos establecidos”) de manera que no resulta justa la acusación de que no exista valoración conjunta. Pero además, ocurre que: B) El fallo dedica un párrafo extenso del mismo Motivo Octavo, bajo el preciso título “Análisis general a partir de las pruebas consignada anteriormente y de las alegaciones planteadas por la defensa del acusado A.A.M.J”, a realizar el análisis global que echa de menos el recurrente, así como a descartar las alegaciones de la Defensa. Vale la pena transcribir esas ideas: “(...) respecto del primer hecho que se tuvo por establecido (...) se ha rendido prueba suficiente por parte del Ministerio Público, consistente particularmente en los dichos de Omar Sánchez, quien relató la sustracción de especies determinadas, forma en que se verifica, identificó el vehículo en el que se trasladaban los hechores y dio cuenta de las circunstancias en que recuperan tales especies. Ello, en concordancia con parte de la prueba fotográfica incorporada mediante exhibición y con lo depuesto por el funcionario policial Fuentes Schneider. En cuanto al segundo hecho (...) igualmente se ha rendido prueba suficiente por parte de la Fiscalía, consistente particularmente en los dichos de Y.R, quien dio cuenta de los actos ejecutados en su contra por dos sujetos, la sustracción de la cartera que portaba en dichas circunstancias y el reconocimiento del imputado realizado cuando ya había sido detenido por Carabineros, junto a una mujer que mantenía en su poder la cartera sustraída a dicha víctima. Ello, en concordancia con las imágenes interactivas de Google Maps exhibidas durante su declaración en las que se pudo apreciar el sitio del suceso y con lo depuesto por el funcionario policial Fuentes Schneider, quien se refirió a las actividades desarrolladas por dicha víctima una vez detenido el acusado. Además, se tuvo presente el respectivo dato de atención de urgencias, en el que se consigna una lesión coherente con la dinámica descrita por Y.R. En relación al tercer hecho (...) también se ha rendido prueba suficiente por parte del Ministerio Público consistente particularmente en los dichos de los testigos M.B y H.B, quienes dieron cuenta de la sustracción de especies determinadas, avalúo de las mismas, forma en que se verifica, número de sujetos que observan en esos instantes y vehículo en el que se trasladaban, además del avalúo de lo sustraído. Ello en coherencia, con fotografía e imágenes interactivas de Google Maps, exhibidas durante sus declaraciones.

A todo lo anterior, se debe agregar lo expuesto por el Carabinero Fuentes Schneider, quien dio cuenta del procedimiento, entrevistas realizadas a parte de las víctimas, lugar de detención del imputado junto a una mujer y recuperación de las especies sustraídas, en concordancia con la prueba fotográfica e imágenes interactivas de Google Maps exhibidas durante su declaración. Finalmente, se consideró el certificado de inscripción y anotaciones vigentes relativo a un vehículo marca Nissan, el que presenta las mismas características entregadas por las respectivas víctimas.” Después de hacer el ejercicio de calificación jurídica de cada uno de los hechos que dan por probados, los jueces del grado expresan, sobre otras alegaciones de la defensa, que “en cuanto al segundo hecho establecido, la víctima fue clara acerca del reconocimiento efectuado respecto del acusado y ello lo ratifica en diversas instancias, siendo la omisión en el parte policial un elemento que no se le puede atribuir a ella necesariamente. En cuanto a la participación, hay múltiples indicios que colocan al acusado en la dinámica delictiva global. En efecto, se trata de hechos que transcurren en breve tiempo, en un espacio físico cercano, utilizándose el mismo vehículo, en el que se trasladaban tres personas, dos hombres y

una mujer; se observa al acusado junto a los otros individuos revisando parte de lo sustraído y además, a la persona que estaba junto a A.A.M.J al ser detenida, se le encuentra una de las especies sustraídas y otras se ubican en el mismo vehículo y en las inmediaciones del lugar. Todo lo anterior conforma un cúmulo de antecedentes que orientan inequívocamente a un dolo común y concierto previo entre los ocupantes del vehículo marca Nissan. Además, se debe agregar el reconocimiento realizado por la víctima del segundo hecho, que permite establecer el actuar preciso de A.A.M.J Jaramillo en dicho ilícito. Lo expuesto, determinó la participación que le correspondió en cada uno de los delitos por los que finalmente se le condenará.”

SEXTO: Que, como se ha dicho, la norma del artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal exige que se expongan las razones en virtud de las cuales se aceptan determinadas pruebas o se desestiman otras y el modo como el tribunal adquirió su convencimiento o los motivos por los cuales no logró esa convicción. Sobre esta materia se ha dicho que la exigencia impuesta por el legislador a los sentenciadores en el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal es que al dar por probados los hechos y circunstancias lo hagan en forma clara, lógica y completa, es decir, que la exposición no sea confusa o ininteligible, que no sea contradictoria y que no omita hechos relevantes probados en relación con el contenido de la controversia y que para arribar a sus conclusiones valoren la prueba rendida

producida conforme al artículo 297 del código citado, de tal modo que el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones sea reproducible. En este caso, como puede apreciarse de la transcripción antes efectuada, los jueces del fondo se ajustaron de manera objetiva a la exigencia formal contenida en la norma antes mencionada al dar por establecidos los hechos a que alude el fallo, con las probanzas que se aportaron en el juicio, y haciéndose cumplidamente cargo -y descartando fundadamente- la teoría del caso propuesta por la defensa. Lo que exige la ley es el señalamiento de los medios de prueba, sean testigos, instrumentos, pericias, etc., mediante los cuales se dan por establecidos cada uno de los hechos y circunstancias que se tienen por probados, exigencia que el Tribunal efectivamente satisfizo en este caso, y de modo suficiente, por lo que dio cumplimiento -en lo que se refiere al contenido de la sentencia- a la exigencia del artículo 342 del Código Procesal Penal y muy en particular a lo que señala la letra c) de dicho artículo. En otros términos, pueden compartirse o no las conclusiones de convicción condenatoria a las que arribaron los jueces del fondo (y *-obiter dictum-* esta Corte tiende a compartirlas), puede concordarse o disentirse de la convicción a la cual arribaron (y es natural que la Defensa disienta), pero a esta Corte le resulta indiscutible que dieron cabal cumplimiento a la exigencia legal en cuanto a la explicitación suficiente y pública de las razones que motivaron su decisión de condena. Por todas las razones antes expuestas cabe concluir que no se encuentra acreditada la causal de nulidad invocada por la Defensa en su recurso y, en consecuencia, la sentencia de la instancia no es nula por esa razón.

OCTAVO: Que la Defensa ha aducido, como se expresó antes, un motivo subsidiario de nulidad, el del artículo 373 letra b) del mismo cuerpo legal, esto es, acusa que en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del Derecho, que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Indica que “dicha causal se produce en el fallo recurrido al momento de calificar los hechos del acápite segundo de la acusación como robo con intimidación y no como robo por sorpresa del artículo 436 inciso segundo del Código Penal.”

NOVENO: Que, específicamente, la Defensa alega que el Considerando Noveno de la sentencia le atribuye a su representado una conducta intimidatoria en contra de la víctima, aun cuando no hubo amenazas claras en contra de la víctima Y.R, más allá de señalarle textualmente “entrégala, entrégala, déjala, déjala” haciendo alusión a la cartera que era el objeto de sustracción. Dicha víctima declara que en ningún momento fue amenazada o intimidada por A.A.M.J, pero que viéndose atacada por otro sujeto, al ver la intervención de mi representado decidió entregar la cartera. Por ello, dice el recurso, “el Tribunal no solamente otorga una participación en calidad de autor directo a mi representado en un delito de robo con intimidación, aun cuando no tuvo absolutamente el dominio del hecho y solamente fue un mero partícipe de la actuación de otro sujeto por un delito de robo con sorpresa, sino que además califica su actuación como intimidatoria de acuerdo al artículo 439 del Código Penal, aun cuando no existió ningún maltrato de obra o de palabra en contra de la víctima por parte de mi representado, más allá de que la víctima haya interpretado su actuar como intimidatorio, lo que derechamente queda en el camino de la subjetividad.”

DÉCIMO: Que la sentencia recurrida se hace cargo de la cuestión de la calificación jurídica como robo con intimidación del segundo hecho en la parte final del Motivo Octavo, en términos que, más allá de toda duda razonable, un sujeto de sexo masculino que acompañaba al acusado A.A.M.J realizó “conductas tendientes a la apropiación de cosa mueble ajena, particularmente una cartera que llevaba consigo la víctima, sin la voluntad de ella, conforme lo manifestado por la propia víctima, con ánimo de lucro, atendido la naturaleza de lo sustraído y mediante intimidación, consistente en la circunstancia que en los momentos en que se ejercía por dicha persona el acto tendiente a la apropiación y ante la oposición que en principio efectuó Y.R el imputado A.A.M.J, efectuó ademanes de bajarse del vehículo junto con requerirle verbalmente la entrega de la especie, elemento idóneo para generar en el sujeto pasivo un temor a sufrir daños en su integridad personal, lo que no puede sino considerarse como coacción con miras a la manifestación o entrega de especies, lo que en definitiva sucede ya que ante tal escenario, la víctima desiste de oponerse a la sustracción, la que se materializa. En concreto, la víctima es reactiva al actuar del acusado, quien interrumpe el curso sorpresivo y lo transforma en intimidatorio. Para que se configure la intimidación como requisito del tipo penal expuesto, basta que la intimidación sea real y efectiva, y produzca en el ánimo de la víctima la coacción necesaria en su voluntad. En el presente caso, la víctima expresamente manifestó que el ademán que efectuó el otro sujeto, junto al requerimiento verbal de entrega, le dio miedo y por eso soltó la cartera y se la llevaron. Ello, verificado con la necesaria inmediatez entre el acto intimidatorio y la sustracción. El mal percibido por la víctima, conforme a las circunstancias comisivas, una mujer sola, abordada por un sujeto y que luego, ve que ante

su oposición a la entrega de la cartera, otro sujeto que estaba en el auto desde el cual descendió el primero, le dice «suéltala, suéltala, entrégala, entrégala» y hace como que se bajaría, colocando un pie fuera del auto, no puede sino considerarse como verosímil. Conforme ello, al acusado le correspondió participación en calidad de autor, al haber intervenido en el hecho de una manera inmediata y directa, desarrollando la exigida intimidación que requiere el tipo penal. Así, no resulta posible calificar estos hechos de la forma solicitada por la defensa del acusado.”

UNDÉCIMO: Que en relación con esta cuestión estima esta Corte que la intimidación que define el artículo 439 del Código del ramo no requiere, como exige la Defensa, que exista algún “maltrato de obra o de palabra”. La norma es clara en equiparar a la violencia o intimidación en las personas a “los malos tratamientos de obra” (que en el caso no se

presentan por parte de A.A.M.J), “las amenazas ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten” (cuya presencia en el caso sería efectivamente discutible), y en tercer lugar, y este es el punto relevante, a “cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega.” Y para esta Corte resulta claro que siendo la víctima una persona de menor fuerza física, que está siendo violentada por un sujeto, el acto de iniciar el proceso de acercamiento (bajándose del automóvil) de un segundo sujeto que además intima con urgencia y reiteración a la entrega, constituye la intimidación de la que habla el artículo 439, de modo tal que al entenderlo de igual manera, la sentencia recurrida no ha podido incurrir en un error de Derecho que la haga anulable y que requiera dictar una sentencia de reemplazo.

DUODÉCIMO: Que por todas las razones antes expuestas cabe concluir que no se encuentran acreditadas ni la causal de nulidad del artículo 374 e) del Código Procesal Penal ni la del artículo 373 b) del mismo cuerpo normativo, invocadas por la defensa en su recurso y, en consecuencia, la sentencia de la instancia no es nula por esa razón, como se declarará en lo resolutivo del presente fallo.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373, 374, 375 y 384 del Código Procesal Penal, se declara: Que **SE RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por doña Marlis Cristina Sagner Tapia, abogada defensora penal público, en representación del condenado A.A.M.J, en contra de la sentencia de fecha diecisiete de septiembre de dos mil diecinueve, dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Osorno en causa RIT 106-2019, RUC 1900223106-1, la que no es nula.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Abogado Integrante señor Juan Andrés Varas Braun.
N°Penal-861-2019.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 946-2019

Ruc: 1901102464-8

Delito: Lesiones menos graves en contexto de VIF.

Defensora: Valeria Arriagada Contreras

33. Rechaza recurso de apelación interpuesto por Ministerio Público. Se confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de Valdivia que decretaba sobreseimiento definitivo por no mediar denuncia del art. 54 CPP. [\(CA de Valdivia 07.11.2019 ROL 946-2019\)](#)

Normas asociadas: CPP ART.250 e; CPP ART.54; L20066 ART.7; L19968 ART.82; L19968 ART.83.

Tema: Interpretación de la ley penal; Recursos

Descriptorios: Sobreseimiento definitivo; Recurso de apelación; Violencia Intrafamiliar

Magistrados: Juan Correa Rosado; Carlos Gutierrez Zavala; Luis Aedo Mora.

SINTESIS: Ministerio Público apela de la resolución dictada por el Juzgado de Garantía de Valdivia que dispuso el sobreseimiento definitivo según lo dispuesto en la letra e) del art. 250 del Código Procesal Penal, agrega que no hay disposición alguna en el cuerpo legal que señale como causal de sobreseimiento el hecho de que habiéndose cometido un delito de aquellos del artículo 54 del Código Procesal Penal signifique el no denunciarlo una causal de sobreseimiento, menos podría estimarse que el hecho de no denunciar signifique que éste deje de ser delito, para asimilarlo con el art. 250 letra e) del Código Procesal Penal, la Corte confirma la sentencia impugnada.

Texto integro:

DÍA SIETE DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE, PARA LA VISTA- POR LA PRIMERA SALA DE LA I. CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA- DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL MINISTERIO PÚBLICO EN CAUSA RUC 1901102464- 8, RIT 6450 - 2019, ROL CORTE 946-2019 REF.

Siendo las 10:37 horas del día señalado, se lleva a efecto la audiencia con la asistencia del Ministro y Presidente de Sala Sr. Juan Ignacio Correa Rosado, Ministro Sr. Carlos Gutiérrez Zavala y Ministro Sr. Luis Aedo Mora.

Se presenta a alegar por el Ministerio Público la abogada doña Carola Vyhmeister y por la Defensa la abogada doña Pamela González. El Sr. Presidente de la Sala ofrece la palabra para que expongan su alegato.

Alega en primer término el recurrente, quien apeló de la resolución de fecha 13 de octubre de 2019 dictada por el Tribunal de Garantía de Valdivia, que dispuso el sobreseimiento

definitivo según lo dispuesto en la letra e) del artículo 250 del Código Procesal Penal, en causa seguida por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar en contra de los imputados S.A.M.M y Y.S.Ñ.Á. Indica que el sobreseimiento definitivo es una de aquellas resoluciones que junto a la sentencia definitiva, producen cosa juzgada, y sus causales son de derecho estricto. Agrega que en parte alguna del Código Procesal Penal, se señala como causal de sobreseimiento el hecho de que habiéndose cometido un delito de aquellos del artículo 54 del Código Procesal Penal signifique el no denunciarlo, una causal de sobreseimiento. Menos podría estimarse, que la no denuncia por parte de la víctima, de un hecho típico, antijurídico y culpable, en los casos del citado artículo 54, signifique que éste deje de ser delito, para asimilarlo a la causal del artículo 250 letra e) del Código Procesal Penal. Pide se revoque la resolución apelada y, en su lugar, se deje sin efecto el sobreseimiento definitivo y se disponga por tanto que la causa sigue vigente y en tramitación.

Posteriormente alega la defensa y solicita se confirme la resolución recurrida por encontrarla ajustada a derecho, compartiendo los fundamentos del Juez de Garantía para ello y demás fundamentos que expone en audiencia.

Acto seguido, los abogados hacen uso de su derecho a réplica, insistiendo en sus planteamientos.

El Sr. Presidente de la Sala da por terminada la intervención.

La resolución de esta Corte es la siguiente:

VISTOS:

Atendido el mérito de los antecedentes, lo expuesto por los intervinientes y compartiendo los fundamentos del Juez de Garantía, se **CONFIRMA** la resolución apelada de fecha trece de octubre de dos mil diecinueve.

Acordado con el voto en contra del Ministro Sr. Luis Aedo Mora, quien estuvo por revocar la resolución en alzada considerando lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Violencia Intrafamiliar y normas consagradas en los artículos 82 y 83 de la Ley que crea los Tribunales de Familia, estima mutada la naturaleza jurídica de la acción referida a las lesiones inferidas en contexto de violencia intrafamiliar, de acción penal previa instancia particular a acción penal pública, por lo que la denuncia que se echa de menos resulta innecesaria y como consecuencia de ello el sobreseimiento decretado con fundamento en dicha ausencia no resulta procedente.

Regístrese y comuníquese.

Se deja constancia que los intervinientes quedan notificados de la presente resolución, conforme lo dispuesto en el artículo 30 del Código Procesal Penal. Sin perjuicio, se dejará constancia de la presente resolución en el estado diario.

La presente acta sólo constituye un registro administrativo, confeccionada por el funcionario Digitador de Sala en el que resume lo acontecido y resuelto en la audiencia.

Los argumentos vertidos por las partes y la fundamentación de la resolución dictada, se encuentran íntegramente en el registro de audio de la presente audiencia.

Rol N° 946-2019 REF.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 963-2019

Ruc: 1900314375-1

Delito: Robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación

Defensora: Loreto Mondión Rodríguez

34. Rechaza Recurso de Apelación interpuesto por Ministerio Público. Se estima que el art. 450 del Código Penal no es aplicable a adolescentes por aplicación de los artículos 2º y 21 de la Ley 20.084. [\(CA Valdivia 05.11.2019 ROL 963-2019\)](#)

Norma asociada: CP ART.450; CPP ART.351; L20084 ART.2; L20084 ART.21; L20084 ART. 23; L20084 ART. 24

Tema: Interpretación de la ley penal; Determinación legal/judicial de la pena; Recursos

Descriptor: Responsabilidad penal adolescente; Recurso de Apelación; Delitos contra la propiedad

Magistrados: Mario Kompatzki Contreras; Gloria Hidalgo Álvarez; Luis Galdames Buhler.

SINTESIS: Ministerio Público interpone Recurso de Apelación contra sentencia dictada en Procedimiento Abreviado por motivo de calificarse el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación en un grado imperfecto, y no de consumado conforme a lo establecido en el art. 450 del Código Penal, además, por fijar penas en tiempos inferiores a los mínimos legales. La Corte estima que la penalidad en torno al grado de ejecución de los delitos contra la propiedad cuando estos han sido cometidos por adolescentes no es aplicable la regla del art. 450 del Código Penal, debido a que la ley N°20.084 tiene como fundamento la integración social de los adolescentes y no la retribución, así se extrae de los artículos 2º y 21 de la citada ley. Respecto a que las penas hayan sido impuestas en tiempos inferiores a los mínimos legales, el art. 23 de la ley 20.084 establece en sus 5 tramos, en materia de determinación de la naturaleza de la pena, los tiempos máximos a ser considerados, pero no los mínimos, pues estos últimos son sólo tiempos relativos, indiciarios y no obligatorios para el sentenciador.

Texto integro:

ACTA AUDIENCIA REALIZADA EL DIA CINCO DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE, PARA LA VISTA- POR LA SEGUNDA SALA DE LA I. CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA- DE LOS RECURSOS DE APELACION INTERPUESTOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA DEFENSA EN CAUSA RUC 1900314375-1, RIT 1569-2018. ROL CORTE 963 – 2019 PEN.

Siendo las 9:40 horas del día señalado, se lleva a efecto la audiencia con la asistencia del Ministro Sr. Mario Julio Kompatzki Contreras, Fiscal Judicial Sra. Gloria Hidalgo Álvarez y Abogado Integrante Sr. Luis Felipe Galdames Bühler. Se presenta a alegar por el Ministerio Público el abogado don Álvaro Pérez Astorga y por la defensa la abogada doña Loreto Mondión Rodríguez.

El Sr. Presidente de la Sala, ofrece la palabra a los intervinientes para que expongan su alegato. Alega el Ministerio Público, quién apeló en contra de la sentencia de 16 de octubre de 2019, dictada en Procedimiento Abreviado por el Juez de Garantía de Valdivia don Carlos Acosta Villegas, que condenó a los imputados F.A.G.A, a tres penas mixtas de 150 días de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social y a tres penas de ciento cincuenta días de libertad asistida especial con programa respectivo en la ciudad de Valdivia en calidad de autor de tres delitos de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado de la habitación. Se absolvió al imputado del delito robo en lugar destinado a la habitación; K.A.G.G a una pena de 300 días de libertad asistida especial y, en calidad de autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación y a una pena de 200 días de libertad asistida especial, los que deberá cumplir en el programa respectivo de la ciudad de Valdivia como autor del delito de robo en bien nacional de uso público; I.A.R.A, a una pena mixta de 18 meses de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, más dieciocho meses de libertad asistida especial, en calidad de autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación en grado de consumado, se le condenó además, en calidad de autor del delito de robo en lugar destinado a la habitación en grado de frustrado, a una pena de 18 de meses de libertad asistida especial con programa de reinserción social. Pide en mérito de las alegaciones y fundamentos de derecho que expone en la audiencia se revoque la sentencia apelada en cuanto absolvió al imputado F.G como autor de un delito de robo en lugar habitado frustrado y en su lugar se declare que se le condena como autor ejecutor; se revoque asimismo en cuanto lo condenó a las pena que señala como autor ejecutor de 3 delitos de robo en lugar habitado en grado de frustración y en su lugar se declare que por aplicación del artículo 450 del Código Penal y haciendo uso de la facultad del artículo 351 inciso primero del Código Procesal Penal, se le condene a la pena única de 4 años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social; se revoque, además, en cuanto condenó a K.G a las penas señaladas como autor ejecutor de un delito de robo en lugar habitado en grado de frustrado y como autor ejecutor de un delito consumado de robo en bienes nacionales de uso público y, en su lugar se declare que por aplicación del artículo 450 del Código Penal y haciendo uso de la facultad del artículo 351 inciso segundo del Código Procesal Penal, se le condena a la pena única de 3 años y 1 día de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social; se revoque también en cuanto condenó a I.R a las penas indicadas como autor ejecutor de 1 delito de robo en lugar habitado consumado y como autor de un robo en lugar habitado frustrado y, en su lugar se declare que por aplicación del artículo 450 del Código Penal y haciendo uso de la facultad del artículo 351 inciso primero del Código Procesal Penal, se le condena a la pena única de 4 años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

Acto seguido alega la defensa, quién apeló en contra de la sentencia ya señalada, solicitando, en mérito de las alegaciones y fundamentos de derecho que expone en la audiencia, se confirme la sentencia apelada, con declaración que la sanción a imponer para el adolescente I.R.A es respecto del robo en lugar destinado a la habitación frustrado la sanción de 1 año de libertad asistida simple y en subsidio 1 año de libertad asistida especial y respecto del robo en lugar destinado a la habitación consumado 1 año de libertad asistida especial y en subsidio mixta del artículo 19 b) de la Ley 20.084 consistente en 200 días de régimen cerrado y 300 días de libertad asistida especial y, en subsidio, 6 meses de régimen cerrado y respecto del adolescente F.G.A la imposición de una sanción de 1 año de libertad asistida simple por cada delito, y en subsidio la sanción

mixta contemplada en el artículo 19 b) de la Ley 20.084, consistente en 300 días de libertad asistida especial y 200 días de régimen cerrado.

A continuación, los abogados hacen uso de su derecho a réplica, manteniéndose en sus planteamientos.

El Sr. Presidente de la Sala, da por terminada la intervención. El Tribunal queda en resolver.

VISTOS

Y teniendo en especial consideración, La penalidad en torno al grado de ejecución de los delitos, en materia de delitos contra la propiedad cuando estos han sido cometidos por adolescentes en un grado imperfecto, es aquello que funda la apelación del Ministerio Público, pues sostiene que debe ser considerado que los delitos están en grado de consumados, conforme a lo que dispone el artículo 450 del Código Penal.

Al respecto, habrá que entender que ante delitos frustrados perpetrados por jóvenes de 15 años no es aplicable la regla del artículo 450 del Código Penal toda vez que si bien la Ley N°20.084 estableció un derecho penal del adolescente autónomo del de adultos, las sanciones que contempla y su forma de ejecución, muestran que se diferencia claramente del derecho penal de los mayores de edad en cuanto lo perseguido con la pena no es la retribución, sino la integración social del adolescente. Para sostener lo anterior se considera el tenor de los artículos 2° y 21 de la Ley Especial. A mayor abundamiento, así ya lo ha resuelto esta Corte en los autos 511 – 2018 Penal.

En lo relativo al segundo acápite del recurso del ente persecutor es necesario asentar que no es acertado indicar, como lo hace el Fiscal, que las penas hayan sido impuestas en tiempos inferiores a los mínimos legales, puesto que el artículo 23 de la ley 20.084 establece en sus 5 tramos, en materia de determinación de la naturaleza de la pena, los tiempos máximos a ser considerados, pero no mínimos, pues estos últimos son sólo tiempos relativos, indiciarios y no obligatorios para el sentenciador. Por su parte la defensa estima inidóneas las sanciones impuestas a sus defendidos, pese a ello lo cierto es que en su aplicación se consideraron los criterios del artículo 24 de la Ley 20.084 por lo que esta Corte concuerda con las penas impuestas por el Sr. Juez de Garantía.

Por lo expuesto y normas legales citadas, se **CONFIRMA** la sentencia apelada de dieciséis de octubre de dos mil diecinueve. Comuníquese. Se deja constancia que los intervinientes quedan notificados de la presente resolución, conforme lo dispuesto en el artículo 30 del Código Procesal Penal. Sin perjuicio, se dejará constancia de la presente resolución en el estado diario.

La presente acta sólo constituye un registro administrativo, confeccionada por el funcionario Digitador de Sala en el que resume lo acontecido y resuelto en la audiencia.

Los argumentos vertidos por las partes y la fundamentación de la resolución dictada, se encuentran íntegramente en el registro de audio de la presente audiencia.

Rol 963 – 2019 PEN.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia
Rol: 967-2019

Ruc: 1500338508-3

Delito: Abuso sexual de persona menor de 14 años

Defensor: Daniel Castro González

35. Se acoge Recurso de Nulidad interpuesto por Defensa Particular. Se establece que se valoraron medios de prueba en contra de lo establecido en el art. 297 del Código Procesal Penal, no pudiendo entonces, llegar a la convicción de condena. ([CA de Valdivia 09.12.2019 ROL 967-2019](#))

Normas asociadas: CPP ART.376; CPP ART. 383; CPP ART.374 e; CPP ART.342 c; CPP ART.297.; CPP ART.373 b

Tema: Interpretación de la ley penal; Principios y Garantías del Sistema Procesal en el CPP

Descriptor: Delitos contra la indemnidad sexual; Presunción de inocencia; Recurso de Nulidad; Delitos sexuales

Magistrados: Marcia Undurraga Jensen; Luis Galdames Buhler; Mario Kompatski Contreras

SINTESIS: Defensa interpone recurso de nulidad alegando la causal de errónea aplicación del derecho contenido en el art. 373 letra b) por mala aplicación, en concreto de los artículos 297 y 340, en relación con el art. 4 todos del Código Procesal Penal, afirmando que al dar por acreditada la existencia del delito de abuso sexual y valorar medios de prueba, se ha transgredido el art. 297 del CPP. La Corte respecto a la causal del art. 373 letra b) CPP, estima que se advierte que el relato de la víctima no tiene características necesarias para traspasar el umbral de la presunción de inocencia, precisamente por ser contradictorio con otros medios probatorios rendidos en el juicio, establece que el TOP ha efectuado una errónea aplicación del artículo en cuestión, al valorar medios de prueba en contra de la referida disposición legal, específicamente en lo que guarda relación con la lógica, conocimiento científicamente afianzados y las máximas de la experiencia; no pudiendo en definitiva llegar a la convicción de condena, al existir a lo menos duda razonable sobre la existencia del delito imputado, esto es, que en definitiva no se ha traspaso el umbral de presunción de inocencia, por tanto, acoge recurso de nulidad. (Considerando 2º, 3º y 4º)

Texto integro:

Valdivia, nueve de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTOS:

En causa rol de ingreso penal de esta Ilustrísima Corte 967-2019, RUC 500338508-3, RIT 107-2019 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, con fecha veinte de noviembre de dos mil diecinueve se llevó a efecto la audiencia para conocer el recurso de nulidad interpuesto por don Cristóbal Carvajal González, abogado defensor particular, por su representado R.A.P.P, en contra de la sentencia dictada por la primera sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, integrada por don Carlos Flores Valenzuela, doña Cecilia Samur Cornejo y doña María Silvana Muñoz Jaramillo, todos jueces titulares.

Funda su recurso en tres causales, la primera, del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, afirmando que durante la tramitación del juicio se han infringido sustancialmente garantías aseguradas por la Constitución y Tratados Internacionales ratificados por Chile, que se encuentran vigentes, en particular, lo alusivo a la presunción de inocencia. Conforme lo dispuesto en el artículo 376 del Código Procesal Penal, los antecedentes fueron remitidos a la Excelentísima Corte Suprema, que resolvió, conforme lo establecido en artículo 383 inciso tercero que lo reprochado en realidad trataría de una deficiencia en el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 342 letras c), d) o e), remitiendo los antecedentes a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia.

En segundo lugar, en subsidio, alegó la causal del artículo 374 letra e) Código Procesal Penal, acusando que en el pronunciamiento de la sentencia se ha omitido uno de los requisitos previstos en el artículo 342, en concreto aquel de la letra c) relativo a la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297, acusando que existe transgresión de principios de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados, cuestionando el testimonio de la víctima, la relevancia de testigos de la defensa, criticando la prueba pericial, sosteniendo que no existe sustrato que permita la decisión de condena más allá de toda duda razonable.

En tercer lugar, acusa errónea aplicación del derecho en concreto de los artículos 297 y 340, en relación con el artículo 4 todos del Código Procesal Penal, afirmando que al dar por acreditada la existencia del delito de abuso sexual y valorar medios de prueba, se ha transgredido el artículo 297 del Código Procesal Penal, vulnerándose principios de la lógica, máxima de experiencia y conocimientos científicos afianzados, efectuando cuestionamientos a la valoración del relato de quien se presenta como víctima, luego advirtiendo deficiencias en la determinación de la fecha de ocurrencia de los hechos, fecha de la denuncia, continuidad de asistencia a escuela dirigida por el presunto agresor, las circunstancias de develación, la existencia de otros menores involucrados y en definitiva, la ausencia de conductas sexualizadas del niño.

En mérito de sus argumentos pretende la invalidación tanto del fallo como del juicio, determinándose la realización de uno nuevo ante tribunal no inhabilitado o en subsidio, conforme la última causal se anule la sentencia recurrida y se dicte, sin nueva audiencia una sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, absolviendo a su representado o bien, en subsidio, se decrete nulidad del juicio oral y de la sentencia pronunciada en el mismo y se ordene verifique un nuevo juicio oral por una sala no inhabilitada.

En estrados la defensa limitó sus alegatos a las dos causales de competencia de esta Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia.

OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, mediante la sentencia recurrida se condenó a R.A.P.P por su autoría en el delito consumado de abuso sexual de una persona menor de 14 años, a la pena de 4 años de presidio menor en grado medio y penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena. Fue impuesta la pena accesoria del artículo 372 del Código Penal relativa a la interdicción del derecho a ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designa y la de sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal, consistente en informar a Carabineros, cada tres meses, su domicilio actual.

Además, se le condenó a la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, Finalmente, se le condenó en costas y se ordenó el registro de su huella genética, concediéndosele la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.

Los hechos acreditados fueron los siguientes:

“En fecha indeterminada, a fines del año 2014, en circunstancias que la víctima M.O.I con fecha de nacimiento 9 de Diciembre de 2004, se quedó terminando una tarea al interior de la sala de clases de la Escuela Rural XXXXXXXX, ubicada en el Sector Quillahue S/N, el acusado, profesor a cargo en esa época de ese establecimiento de educación, R.A.P.P, encontrándose a solas con la víctima, se le acercó por detrás y comenzó a tocarle su cuerpo, acariciando su pelo, brazos, espalda y parte del trasero, mientras le decía “Que eres lindo Martín, eres inteligente”, procediendo luego a tocar el pene de la víctima por sobre su pantalón, momento en que la víctima le sacó la mano preguntándole porque le hacía eso y salió del lugar a contarle a su mamá. Los hechos así descritos se realizaban mientras el acusado se encontraba en el ejercicio de su función docente y al cuidado del menor, teniendo éste la edad de 10 años aproximadamente, al momento de verificarse los hechos”.

Segundo: Que en relación a la primera causal la defensa acusa que el relato del menor sindicado como víctima de los hechos no tiene características suficientes para derribar presunción de inocencia, estimando sus dichos contradictorios con otros medios probatorios. Resalta la temporalidad de los hechos en el sentido que según la sentencia habrían ocurrido en octubre de 2014, en circunstancias que, a la luz de otros medios de prueba, se pudo establecer que antes de esa fecha el condenado fue increpado por el padre del niño en una reunión de apoderados, en el sentido que abusaba de dos de sus hijos, quedando constancia de aquello en una carta dirigida al alcalde de Mariquina en agosto de aquel año. Acusa, además, inconsistencia en cuanto a delación de los hechos, pues según la víctima a las primeras personas que contó los hechos fue a sus hermanos fuera de la sala de clases, mientras que peritos y hermanos indican que a la primera persona que develó fue a su madre.

Enfatiza en lo que entiende es carencia de daño, pues el joven continuó asistiendo a clases al menos tres meses después de los hechos, con el mismo profesor, no presentando conductas sexualizadas. En dicho sentido resalta que la denuncia no fue inmediata, en contexto con una denuncia que presentase el acusado en contra del padre por amenazas.

Respecto al peritaje emitido por doña Myriam Casner cuestiona su rigor científico, señalando que no existe descripción ni estructuración del método científico utilizado, señalando conocer eventuales abusos del imputado a hermanos de la víctima, sin embargo, pese a visitas domiciliarias no los entrevistó.

Señala, además, que no existe utilización de secreto y amenaza del acusado a la víctima, algo esperable en este tipo de hechos. No refiere conductas sexualizadas del menor, ni consecuencias fácticas en sus conclusiones. Destaca, además, contradicciones en los dichos de perito y familia de quien se presenta como víctima en el sentido que, la perito afirmó que pesquisó un arrepentimiento por el hecho de no haber hecho denuncia temprana, sin embargo, en el juicio el padre y su familia indicaron que la denuncia se hizo en forma inmediata a la ocurrencia de los hechos, dentro de una o dos semanas después.

Cuestiona la valoración de otros testigos, como la señora T.M, a quien el tribunal le da la categoría de “experta”, sin embargo, en ningún momento se acreditó la trayectoria profesional, pericia o estudios de aquella, destacando de ella un escaso conocimiento de los hechos. En definitiva, afirma que la convicción judicial se establece con medios escuetos y contradictorios, vulnerándose la presunción de inocencia al establecer la carga de la prueba en el acusado, quien tendría que acreditar su inocencia, valorando los antecedentes en perjuicio del imputado.

Tercero: Que la causal de nulidad establecida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal opera “Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)”. En este caso se alude a la letra c) que señala “La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”. El artículo 297 del Código Procesal Penal se refiere a la valoración de la prueba:

“Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o

de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

Cuarto: Que, respecto de la causal de nulidad establecida en el artículo 374 letra e) en el artículo en relación al artículo 342 y artículo 297 todos del Código Procesal Penal, esta corte no emitirá pronunciamiento, atendido a lo que se resolverá, en definitiva, respecto de la causal subsidiaria, contemplada en el artículo 373 letra b) del Código adjetivo.

Quinto: Que, la causal establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, señala que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia, cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Sexto: Que, en relación a esta causal esta corte advierte la siguientes consideraciones y contradicciones contenida en la sentencia de primera instancia:

1. El relato del menor víctima V.M.P. no tiene las características necesarias para traspasar el umbral de la presunción de inocencia, del acusado R.A.P.P; precisamente por ser contradictorio por otros medios probatorios rendidos en el juicio; 2. En cuanto a la temporalidad de los hechos, estos habrían ocurrido en fecha indeterminada en octubre de 2014, circunstancia fáctica que fue reafirmada por el padre de menor don V.M.P; no obstante que analizados otros medios de prueba, se puede constatar con anterioridad a esa fecha es acusado fue increpado en reunión de apoderado, indicando que este estaría abusando de dos de sus hijos la víctima, y otro de nombre Anyela, hecho que consta en carta dirigida al Alcalde de San José de La Mariquina de fecha 04 de agosto de 2014; antecedente que obra además en el contenido del sumario administrativo incoado, en contra de R.A.P.P. 3. Respecto de la delación de los hechos, la víctima señala que a las primera personas que les habría contado lo sucedido, fue a sus hermanos, fuera de la sala de clases; por otra parte, tanto los peritos como sus hermanos indican que la primera persona que tomo conocimiento fue su madre. 4. La víctima no obstante el daño supuestamente sufrido, continúa asistiendo a clases con el único profesor y acusado en estos autos, durante varios meses con posterioridad a la comisión del delito materia de este juicio. 5. Con fecha 09 de marzo de 2015 el acusado Paredes Pérez, denuncia por delito de amenazas al padre de la víctima don V.M.P, la que fue conocida por el Ministerio Público de San José de La Mariquina RUC 1500236908-4 y Juzgado de Garantía de esa ciudad causa RIT 162-2015; en consecuencia, la denuncia por supuesto delito de abuso sexual de menor de 14 años es posterior a la denuncia efectuada por el profesor en contra del padre de la víctima. Denuncia que fue efectuada con fecha 08 de abril de 2015, y que la propia perito doña Myriam Casner indica que esta denuncia habría estado motivada, por la denuncia que hace el profesor en contra del padre del menor. 6. No obstante que el padre de la víctima don V.M.P, señala en el juicio que otros dos de sus hijos de nombre de Anyela y Américo, también habrían sido abusados por el profesor, este hecho no fue ratificado por ello en su declaración respectiva. 7. La familia de la víctima indica no haber visto conductas sexualizadas del menor, como asimismo cambios de conductas, baja de notas, que son esperables y recurrentes en menores enfrentados a una situación de esta naturaleza. 8. Que existen diferencias respecto de la perito Myriam Casner y testigo experto T.M, no es el mismo que tuvieron a la vista para llegar a sus conclusiones, con el vertido en el juicio oral por la víctima y su familia. 9. Que, el relato que presta la víctima es distinto al entregado en juicio, relacionado con la fecha de ocurrencia y develación de estos que, la entrevista de la perito doña Myriam Casner ocurrió aproximadamente dos años después, de la fecha de comisión del delito de abuso sexual de menor de 14 años imputado, al acusado. 10. Que, el ente acusador no acredito ante el tribunal oral en lo penal, para afirmar las declaraciones de la testigo T.M su trayectoria profesional, pericia o estudios necesarios para avalar sus declaraciones.11. Que, de las declaraciones de los testigos presentada por la defensa se puede concluir que el padre de la víctima presenta un alto grado de agresividad y de conflictividad respecto de R.A.P.P.

Séptimo: Que, colacionado lo anterior, esta corte es de opinión que el Tribunal Oral en lo Penal, ha efectuado una errónea aplicación del artículo 297 del Código Procesal Penal, al valorar medios de prueba en contra de la referida disposición legal, específicamente en lo que guarda relación con la lógica, conocimiento científicamente afianzados y las máxima de la experiencia; no pudiendo en definitiva llegar a la convicción de condena, al existir a lo menos duda razonable sobre la existencia del delito imputado, esto es, en definitiva no

se ha traspasado el umbral de presunción de inocencia, del acusado don R.A.P.P, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4 del Código Procesal Penal

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 4, 297, 340, 341, 342,373 letra b), 374 letra e), 384 y 385 del Código Procesal Penal, se declara: Que, se ACOGE el recurso de nulidad interpuesto por el abogado defensor penal privado con Cristóbal Carvajal González, por su representado R.A.P.P, en contra de la sentencia de catorce de septiembre de dos mil diecinueve, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, en causa RIT 107-2019, RUC 1500338508-3, la que se anula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista.

Regístrese y comuníquese.

Acordada una vez desechada la indicación previa de la Ministra Sra. Marcia Undurraga Jensen, atendida la causal invocada y por la cual se acoge el recurso de nulidad deducido por la defensa, estuvo por anular el juicio y la sentencia, debiendo determinarse el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Redactada por el Abogado Integrante Sr. Luis Felipe Galdames Bühler.
N° 967-2019 PENAL

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 984-2019

Ruc: 1900299967-9

Delito: Microtráfico

Defensor: Sebastián Contreras Lancapichún

36. Acoge Recurso de Nulidad presentado por la defensa. Recurrente aduce que hay un error en la aplicación del derecho al momento de decretar la pena accesoria de registro de huella genética a delitos de microtráfico o tráfico de pequeñas cantidades. [\(CA de Valdivia 09.12.2019 ROL 984-2019\)](#)

Normas asociadas: CPP ART.373 b; CPP ART.375; CPP ART.384; L19970 ART.17 c

Tema: Recursos; Interpretación de la ley penal; Ley de Drogas

Descriptor: Huella genética; Tráfico ilícito de drogas; Recurso de Nulidad

Magistrados: Marcia Undurraga Jesen; Juan Varas Braun; Mario Kompatzki Contreras

SINTESIS: : Defensa interpone recurso de nulidad fundado en la causal de nulidad prevista en el art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, argumenta que se cometió una errónea aplicación de derecho al momento de decretar la pena accesoria de registro de huella genética, ya que esta medida no debe entenderse aplicable a los delitos de microtráfico o tráfico en pequeñas cantidades, puesto que su origen legal, en el artículo 17 c) de la ley N°19970, ese procedimiento compulsivo está reservado para los delitos de elaboración o tráfico ilícitos de estupefacientes o delito terrorista, que tienen una gravedad que justifica la medida. La Corte estima que hay razones técnico-jurídicas y sustantivas para estimar que resulta evidente que el registro de la huella genética queda normativamente reservado para delitos de una entidad criminal considerable, cosa que no ocurre con el microtráfico (Considerando 2º, 3º, 4º)

Texto integro:

Valdivia, nueve de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Con fecha diecinueve de noviembre de dos mil diecinueve se llevó a efecto la audiencia para conocer del recurso de nulidad interpuesto por don Sebastián Contreras Lancapichún, Abogado, Defensor Penal Público, en Causa RIT N.º 332-2019, RUC 1900299967-9, en representación del D.A.D.V, en contra de la sentencia definitiva dictada con fecha quince de octubre del presente año por el Juez de Garantía de la ciudad de Río Negro don Tito Edgardo Alarcón Salvo, Juez Titular, mediante la que se condenó al imputado por un delito de microtráfico de la Ley 20.000.

OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la defensa dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva ya individualizada, que condenó al imputado ya individualizado a sufrir la pena de 300 días de presidio menor en su grado mínimo, multa de una unidad tributaria mensual, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, por su responsabilidad en calidad de autor del delito consumado de tráfico ilícito de pequeñas cantidades, previsto y sancionado en el artículo 4° en relación con el artículo 1°, ambos de la Ley 20.000, en grado de desarrollo de consumado, y participación en calidad de autor, hecho ocurrido el día 19 de marzo del 2019.

SEGUNDO: Que el recurso de nulidad se ha fundado en la causal de nulidad prevista en el artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal, por cuanto –sostiene la Defensa- en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del Derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En particular, sostiene que se cometió el error al ordenar, en el numeral IV de la parte resolutive “la determinación de huella genética, previa toma de muestras biológicas, a fin de que se incluya en el registro de condenados, debiendo apersonarse al Servicio Médico Legal correspondiente a su domicilio en coordinación con el CRS de Talagante, de conformidad al artículo 17 letra c) de la Ley 19.970, dentro del plazo de cinco días siguientes desde que estuviere firme o ejecutoriada esta sentencia, bajo apercibimiento de despacharse orden de detención en su contra.” Ese error, sostiene la Defensa, se produce porque la pena accesoria de registro de huella genética no debe entenderse aplicable a delitos de microtráfico o tráfico en pequeñas cantidades, puesto que en su origen legal, en el artículo 17 c) de la Ley N.° 19970, ese procedimiento compulsivo está reservado para los delitos de “elaboración o tráfico ilícitos de estupefacientes o delito terrorista”, que tienen una gravedad que lo justifica, no así el microtráfico por el que ha sido condenado el imputado de autos, que no ha merecido siquiera una pena corporal de cumplimiento efectivo.

TERCERO: Que esta Corte estima, en primer lugar, que hay una razón técnico-jurídica por la cual no cabe aplicar el referido procedimiento de registro a los condenados por el delito de microtráfico. La ley penal, en un régimen constitucional que configura un Estado democrático de Derecho debe ser siempre interpretada restrictivamente (*nulla poena...*) y bajo el principio de elección de la alternativa más favorable al acusado (*pro reo*), ideas que por otra parte en nuestro ordenamiento jurídico tienen expresa consagración constitucional. Además, ocurre que el propio texto legal cuya interpretación se discute en este recurso manda su hermenéutica restrictiva, al usar la expresión adverbial de modo “sólo”. Así, en lo pertinente, el artículo 17 citado establece que “cuando, por sentencia ejecutoriada, se condenare por alguno de los delitos previstos en el inciso siguiente a un imputado cuya huella genética hubiere sido determinada durante el procedimiento criminal, se procederá a incluir la huella genética en el Registro de Condenados, eliminándola del Registro de Imputados. Si no se hubiere determinado la huella genética del imputado durante el procedimiento criminal, en la sentencia condenatoria el tribunal ordenará que se determine, previa toma de muestras biológicas si fuere necesario, y se incluya en el Registro de Condenados. Lo anterior sólo (el subrayado es de esta Corte) tendrá lugar cuando se condenare al imputado por alguno de los siguientes delitos: (...) c) elaboración o tráfico ilícitos de estupefacientes o delito terrorista. (...)” Pues bien, ocurre que difícilmente podría la ley 19.970, que fue publicada con fecha 6 de octubre de 2004, referirse a un delito que fue recién tipificado en la Ley N.° 20.000, 16 de febrero de 2005, esto es, varios meses después, salvo que se hiciera de la primera norma una interpretación extensiva tanto material como temporalmente, lo que está vedado al juzgador.

CUARTO: Que, además, y ya no por razones puramente técnicas relativas a la interpretación penal, sino que sustantivas vinculadas con el propósito legislativo, resulta para esta Corte bastante evidente que el registro de la huella genética queda normativamente reservado para delitos de una entidad criminal considerable, cosa que obviamente no ocurre con el microtráfico. Poner en un mismo saco interpretativo al delito terrorista y al microtráfico simplemente no parece razonable.

QUINTO: Que por todas las anteriores razones estima esta Corte que se encuentra suficientemente justificada la causal de nulidad invocada por la Defensa, y que en consecuencia, debe considerarse que la sentencia recurrida es nula por ese motivo, razón por la cual se acogerá el recurso deducido, según se dirá en lo resolutivo de este fallo, dictando a continuación la preceptiva sentencia de reemplazo.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 342, 372, 373, 374, 375 y 384 del Código Procesal Penal, se **ACOGE** el recurso de nulidad interpuesto por recurso de nulidad interpuesto por el abogado don Sebastián Contreras Lancapichún, Defensor Penal Público, en Causa RIT N.º 332- 2019, RUC 1900299967-9, en contra de la sentencia definitiva de fecha quince de octubre del presente año, dictándose a continuación una sentencia que la reemplace.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Abogado Integrante señor Juan Andrés Varas Braun.

NºPenal-984-2019.

SENTENCIA DE REEMPLAZO.

Valdivia, nueve de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia definitiva de quince de octubre del presente, con excepción del numeral IV de su parte resolutive, que se elimina, renumerándose los siguientes acápite V a VIII como IV a VII.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Abogado Integrante señor Juan Andrés Varas Braun.

Braun.

NºPenal-984-2019.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 985-2019

Delito: Usurpación no violenta

37. Se acoge Recurso de Nulidad impetrado por defensa particular. Se estima que para que se configure el delito penal de usurpación no violenta, no basta una mera ocupación material de inmueble, sino que debe acreditarse despojo del derecho habiente, teniendo como antecedentes intimidación, astucia o engaño. [\(CA de Valdivia 04.12.2019 ROL 985-2019\)](#)

Normas asociadas: CP ART.458; CP ART.457; CPP ART.373 b; CPP 375; CPP 384

Tema: Interpretación de la ley penal; Tipicidad; Recursos.

Descriptor: Usurpación; Tipicidad objetiva; Recurso de nulidad; Nulidad de la sentencia.

Magistrados: Juan Correa Rosado; Luis Aedo Mora; Carlos Gutierrez Zavala.

SINTESIS: Defensa interpone recurso de nulidad invocando como causal principal la del art. 373 letra b) del Código Procesal penal argumentando que la errada aplicación de la ley consiste en haber aplicado la sentenciadora el tipo penal previsto en el art. 458 del Código Penal, en relación con el art. 457 del mismo cuerpo legal sin que concurren todos los elementos de tipicidad, esto porque para que se configure el tipo penal en análisis no basta la mera ocupación material del inmueble, sino que debe acreditarse que el despojo del derecho habiente tenga como antecedente el uso de intimidación, astucia o engaño por parte de la requerida, pues sino se prueba aquello se trataría de un conflicto civil. (Considerando 2º, 3º, 7º)

Texto íntegro:

Valdivia, cuatro de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTO:

Que el veinte de noviembre de dos mil diecinueve se realizó la audiencia respectiva para conocer del recurso de nulidad de la sentencia definitiva, de dieciséis de octubre de dos mil diecinueve, pronunciada en juicio oral simplificado por la señora Andrea Verónica Hurtado Villanueva, Jueza de Garantía de Río Negro, RIT N° 320-2015, que declara:

I.- Que se condena a doña R.M.M.V cédula nacional de identidad N°10.938.617-0, ya individualizada, como autor del delito consumado de usurpación no violenta, prescrito y sancionado en el artículo 458 del Código Penal, por los hechos ocurridos en la comuna de Puerto Octay, desde fecha indeterminada, que incluye el año 2014 y hasta la fecha, a una pena de MULTA DE SEIS UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES.

II.- En caso que la sentenciada no pague la multa impuesta, sufrirán por vía de sustitución la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, si prestare su

consentimiento y, en caso contrario, se impondrá por vía de sustitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose en un día por cada tercio de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda exceder de seis meses, no existiendo abonos que considerar para tal efecto.

III.-Que se exime del pago de las costas de la causa a la condenada, por considerar esta sentenciadora que tuvo motivos para litigar.

IV.- Que se absuelve a doña R.M.M.V, cédula nacional de identidad N° 10.938.617-0, ya individualizada del delito de Hurto Simple, previsto y sancionado en el artículo 446 N°2 del Código Penal.

V.- Que se exime al Ministerio Público de pago de las costas, por considerar esta sentenciadora que tuvo motivos plausibles para litigar.

VI.- Un vez ejecutoriada la presente sentencia, dese plazo de 15 días hábiles a la condenada para el retiro de sus especies del predio materia de autos.

Dese oportuno cumplimiento en lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, regístrese esta sentencia y archívese en su oportunidad.

RIT 320-2015

El recurso lo dedujo el señor OSCAR RODRIGO AROS GÓMEZ, abogado, defensor privado, en representación de la requerida doña R.R.M.V, que en estrados hizo valer sus argumentos, se refirió a la causal principal que hace procedente el recurso, esto es la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal y como petición concreta solicita se anule la sentencia en aquella parte que condenó a su representada doña R.M.M.V como autora del delito consumado de usurpación no violenta del artículo 458 del Código Penal, por los hechos ocurridos en la comuna de Puerto Octay, desde fecha indeterminada, que incluye el año 2014 hasta la fecha, y sin nueva audiencia, se dicte sentencia de reemplazo absolutoria. En subsidio, invoca la causal prevista en el artículo 374 letra c) del Código Procesal Penal, esto es cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga. Pide la nulidad del juicio y la sentencia respecto del delito por el cual fue condenada su representada, debiendo disponerse, a fin de reparar los perjuicios del vicio, que el procedimiento se retrotraiga hasta la audiencia de preparación del juicio oral, a fin de que el Tribunal de Garantía no inhabilitado que corresponda, proceda a la exclusión del testigo incorporado como prueba nueva, por impedir al defensor ejercer los derechos que la ley le otorga. En subsidio, invoca la misma causal del artículo 374 letra c) del Código Procesal Penal, en los términos que desarrolla en su recurso. Pide la nulidad del juicio y la sentencia respecto del delito de usurpación por el cual fue condenada su representada, debiendo determinarse el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral, incorporando los documentos ofrecidos como prueba nueva.

El Ministerio Público solicitó se rechace el recurso de nulidad.

OÍDOS Y TENIENDO PRESENTE:

Primero: Que la defensa de la condenada R.M.M.V dedujo recurso de nulidad invocando como causal principal de nulidad la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal que

indica: “Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: b) Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, todo lo anterior con el fin de invalidar la sentencia definitiva en la parte que la condena como autora del delito consumado de usurpación no violenta del artículo 458 del Código Penal y pide en su reemplazo dictar sentencia de reemplazo absolutoria.

Segundo: Que el tema central invocado por la recurrente consiste en una errónea aplicación del derecho, pues considera se hizo una errada calificación jurídica de los hechos que fueron materia de este juicio al atribuir a su representada la comisión del delito consumado de usurpación no violenta, del artículo 458 del Código Penal, por los hechos ocurridos en la comuna de Puerto Octay, desde fecha indeterminada, que incluye el año 2014 y hasta la fecha. Sostiene que la errada aplicación de ley consiste en haber aplicado la sentenciadora el tipo penal previsto del artículo 458 del Código Penal, en relación con el artículo 457 del mismo Código sin que concurren todos los elementos que la tipicidad.

Tercero: Que, el legislador al establecer el recurso de nulidad como un medio de impugnación de la sentencia dictada en el juicio oral y del juicio mismo, tuvo por finalidad que la invalidación fuera por las causales taxativamente contenidas en la ley, además de prever que era un recurso de derecho estricto y cuyas causales genéricas serían las vulneración de derechos o garantías constitucionales o establecidas en tratados internacionales y la errónea aplicación del derecho.

Cuarto: En el párrafo final del motivo 10° se establecen los hechos de la siguiente forma: “La requerida R.M.M.V, ocupó de manera ilegal desde fecha indeterminada, la que comprende al menos desde el año 2014 a la fecha, un retazo de terreno de 26.64 hectáreas de superficie, ubicado en sector Salto Las Cascadas de la comuna de Puerto Octay, de propiedad de la víctima, el Fisco de Chile, inscrito a fojas 2639 vuelta, N° 2359, del año 2012, del Conservador de Bienes Raíces de Osorno, que en su interior contiene saltos de agua, bosques de pino y otras especies, que la requerida procedió a cerrar, ocupar y lucrar con él sin contar con autorización ni título que ampare dicha ocupación, solicitándole su restitución mediante resolución de 6 de enero de 2015, a lo cual se negó la requerida quien continua permaneciendo en el inmueble. Dicha ocupación se mantuvo hasta la fecha de la audiencia de juicio”.

Quinto: Que, en estos antecedentes, la recurrente precisó la norma legal infringida y afirma que, conforme al tipo penal, es necesario que el sujeto activo ocupe una cosa inmueble o usufructúe un derecho real que otro posee, es decir, se trata de un delito de acción y no de omisión. Añade que su representada, en su oportunidad -2 de diciembre de 2009- solicitó regularizar la propiedad en cuestión ante Bienes Nacionales, oficina Osorno, y en el punto III Antecedentes de la Posesión del documento denominado Análisis Jurídico, doña R.M.M.V señaló que tenía una posesión material por más de 17 años, por cesión que le hiciera su madre quién a su vez era poseedora y ocupaba dicho retazo de terreno por un periodo de 5 años y que lo utilizaba para explotar turísticamente el acceso al salto Las Cascadas. La propiedad no contaba con inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces a favor de persona alguna. El 25 de junio de 2010 se hizo un informe jurídico elaborado por el abogado don Pablo Saint-Jean Sanhueza, que objetó el pre informe jurídico elaborado por la empresa contratista, fundado entre otros argumentos que el inmueble cuya posesión se pretendía regularizar era un bien raíz de dominio fiscal, que carecía de inscripción conservatoria, conforme con

lo que dispone el artículo 590 del Código Civil. Quien informó, al igual que su declaración en estrados, no cuestiono la posesión material de la solicitante, sino sólo aspectos jurídicos y la extensión de la superficie ocupada.

Sexto: El delito de usurpación no violenta está tipificado en el artículo 458 en relación con el artículo 457 del Código Penal y consiste en ocupar una persona un bien inmueble o usurpar un derecho real que otro poseyere o tuviere legítimamente, y al que hecha la ocupación en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, vuelto este le repeliere, señalando que se le impondrá la pena de multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

La doctrina (Matus y Ramírez: 2015), lo describe señalando que "es, al menos en sus formas básicas, un delito de desposesión o despojo material... y que cuando recae sobre un inmueble se habla de ocupación, esto es, la invasión o entrada en él, seguido de permanencia", señala que se requiere además "que la actuación sea realizada con ánimo de señor y dueño".

El mismo autor, al referirse a esta norma que sanciona la ocupación no violenta, refiere que "aquí no basta para configurar el delito la mera ocupación material del inmueble, es necesario también el despojo del derecho habiente, usando intimidación, astucia, engaño, pues la simple ocupación sumada a la ignorancia o mera tolerancia del dueño no es delito, sino que constituye la figura civil del precario (artículo 2195 inciso final del Código Civil).".

Séptimo: Para que se configure el tipo penal en análisis no basta la mera ocupación material del inmueble, sino que debe acreditarse que el despojo del derecho habiente tenga como antecedente el uso de intimidación, astucia, o engaño por parte de la requerida, pues sino se prueba aquello se produce la situación descrita en el párrafo anterior, se trata de un conflicto civil

Octavo: Que es un hecho pacífico que la requerida R.M.M.V vive en el lugar por décadas e intentó regularizar la posesión sobre el inmueble que ocupa con anterioridad a que el Fisco de Chile inscribiera el mismo a su nombre; ni ha ejecutado actos de intimidación, astucia o engaño, sino que ha permanecido en el lugar porque lo obtuvo de su madre. Tampoco hubo una acción de apoderarse del bien que tenía el Fisco, persona jurídica que se interesó en la propiedad cuando la requerida ya se encontraba en el inmueble; no lo invadió ni ha sustituido al titular, persona jurídica que tiene garantizada la posesión sobre el predio en cuestión al obtener la inscripción del derecho de dominio a su nombre. La única ilegalidad que puede atribuirse a la requerida, eventualmente, es de índole civil y, en consecuencia, no es posible arribar a una condena, pues no se encuentra configurado el delito de usurpación no violenta.

Noveno: Que, conforme a lo que se ha señalado, el recurso por la referida causal será acogido, pues se configura el motivo de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, alegado en el recurso, yerro que impuso a la requerida una pena, circunstancia que permite disponer la anulación de fallo y dictar la correspondiente sentencia de reemplazo absoluta, siendo innecesario que esta Corte se pronuncie sobre las causales de nulidad que se dedujeron en subsidio.

Por estos motivos y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 372, 73, 374, 375 y 384 del Código Procesal Penal, **se hace lugar al recurso de nulidad** deducido por la

defensa de la sentenciada R.M.M.V, en contra de la sentencia definitiva de dieciséis de octubre de dos mil diecinueve, pronunciada en juicio oral simplificado por la señora Andrea Verónica Hurtado Villanueva, Jueza de Garantía de Río Negro, sentencia que es nula, en la parte recurrida, la que se anula y reemplaza por el que se dicta a continuación.

Notifíquese y comuníquese.

Redacción del Ministro Titular señor Juan Ignacio Correa Rosado.
Rol 985 – 2019 PEN.

Valdivia, cuatro de diciembre de dos mil diecinueve.

Sentencia de reemplazo:

En cumplimiento a lo ordenado por la decisión de nulidad que antecede y lo prescrito en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTO:

Se tiene por reproducida la sentencia recurrida, previa eliminación de los motivos 11°, 12°, 13°, 14°, 15° y 16° que se eliminan.

En las citas legales se elimina la referencia a los artículos 11, 15, 69, 70 y 446 N°2 del Código Penal.

Y TENIENDO EN SU LUGAR Y ADEMÁS PRESENTE:

Primero: Que el Ministerio Público dedujo requerimiento en juicio oral simplificado en contra de R.M.M.V cedula de identidad N° 10.938XXX-X, domiciliada en camino al Salto, Las Cascadas s/n, Puerto Octay, por los siguientes hechos: "La requerida R.M.M.V, ocupó de manera ilegal desde fecha indeterminada, la que comprende al menos desde el año 2014 a la fecha, un retazo de terreno de 26.64 hectáreas de superficie, ubicado en sector Salto Las Cascadas de la comuna de Puerto Octay, de propiedad de la víctima, el Fisco de Chile, inscrito a fojas 2639 vuelta, N° 2359, del año 2012, del Conservador de Bienes Raíces de Osorno, que en su interior contiene saltos de agua, bosques de pino y otras especies, que la requerida procedió a cerrar, ocupar y lucrar con él sin contar con autorización de la víctima, ni título que ampare dicha ocupación, solicitándole su restitución mediante resolución de fecha 6 de enero de 2015, a la cual se negó la requerida quien continua permaneciendo en el inmueble.". Los mismos hechos se tuvieron por acreditados en el juicio, solo se añade: "Dicha ocupación se mantuvo hasta la fecha de la audiencia de juicio".

Segundo: El delito de usurpación no violenta está tipificado en el artículo 458 en relación con el artículo 457 del Código Penal y consiste en ocupar una persona un bien inmueble o usurpar un derecho real que otro poseyere o tuviere legítimamente, y al que hecha la ocupación en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, vuelto este le repeliere, señalando que se le impondrá la pena de multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

La doctrina (Matus y Ramírez: 2015), lo describe señalando que "es, al menos en sus formas básicas, un delito de desposesión o despojo material... y que cuando recae sobre un inmueble se habla de ocupación, esto es, la invasión o entrada en él, seguido de permanencia", señala que se requiere además "que la actuación sea realizada con ánimo de señor y dueño".

El mismo autor, al referirse a esta norma que sanciona la ocupación no violenta, refiere que "aquí no basta para configurar el delito la mera ocupación material del inmueble, es necesario también el despojo del derecho habiente, usando intimidación, astucia, engaño, pues la simple ocupación sumada a la ignorancia o mera tolerancia del dueño no es delito, sino que constituye la figura civil del precario (artículo 2195 inciso final del Código Civil).".

Tercero: Para que se configure el tipo penal en análisis no basta la mera ocupación material del inmueble, sino que debe acreditarse que el despojo del derecho habiente tenga como antecedente el uso de intimidación, astucia, o engaño por parte de la requerida, pues sino se prueba aquello se produce la situación descrita en el párrafo anterior, se trata de un conflicto civil.

Cuarto: El tipo objetivo de la usurpación lo conforma un conjunto de elementos, siendo el fundamental la conducta prohibida. El precepto se refiere a dos modalidades de acción: ocupar una cosa inmueble o usurpar un derecho real, cosa y derecho han de estar en poder de otra persona. Ocupar y usurpar son dos verbos que para los efectos prácticos tienen el mismo alcance en este caso, por cuanto significan apoderarse de algo que tiene otro. Jurídicamente ocupar un inmueble es invadirlo, hacerse cargo de él materialmente, asumiendo de hecho su goce y disposición: usurpar un derecho es substituir al titular del mismo por un tercero que pasa a ejercerlo. Los inmuebles se ocupan físicamente, son susceptibles de apoderamiento material, pero no es posible usurparlos; los derechos no pueden ser "ocupados", pero sí usurpados.

Quinto: Que es un hecho pacífico que la requerida Rubyt Maritza Marco Vaez vive en el lugar por décadas e intentó regularizar la posesión sobre el inmueble que ocupa con anterioridad a que el Fisco de Chile inscribiera el mismo a su nombre; ni ha ejecutado actos de intimidación, astucia o engaño, sino que ha permanecido en el lugar porque lo obtuvo de su madre. Tampoco hubo una acción de apoderarse del bien que tenía el Fisco, persona jurídica que se interesó en la propiedad cuando la requerida ya se encontraba en el inmueble; no lo invadió ni ha sustituido al titular, persona que tiene garantizada la posesión sobre el predio en cuestión al obtener la inscripción del derecho de dominio a su nombre. Y la única ilegalidad que puede atribuírsele a la sentenciada, eventualmente, es de índole civil y, en consecuencia, no es posible arribar a una condena, pues no se encuentra configurado el delito de usurpación no violenta.

Sexto: Que el imperativo *nullum crimen sine lege* nos enfrenta a que solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. Ningún comportamiento por antijurídico y culpable que parezca puede llegar a la categoría de delito si, al mismo tiempo no es típico, es decir, no corresponde a una descripción normativa de la ley penal.

Séptimo: En atención a lo expuesto, como en el caso que nos ocupa no fue posible establecer la tipicidad, se procederá a absolver a la señora R.M.M.V pues no se encuentra configurado el delito de usurpación no violenta, de los artículos 458 en relación con el 457 del Código Penal.

Por estos motivos y de acuerdo con lo que disponen los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal **se declara:**

Que **se absuelve** a R.M.M.V de la acusación de ser autora del delito consumado de usurpación no violenta, prescrito y sancionado en el artículo 458 del Código Penal, por los hechos ocurridos en la comuna de Puerto Octay, desde fecha indeterminada, que incluye el año 2014 y hasta la fecha.

Dese cumplimiento al artículo 468 del Código Procesal Penal.

Notifíquese y comuníquese.

Redacción del Ministro Titular señor Juan Ignacio Correa Rosado.

Rol 985 – 2019 PEN.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 990-2019

Ruc: 1900261031-3

Delito: Amenazas en contexto de VIF

Defensor: Eduardo Díaz Acuña

38. Se revoca resolución de alzada deducida por Ministerio Público, que decretó el sobreseimiento parcial y definitivo de la causa respecto a uno de sus hechos, y el auto de apertura en la que se excluyó prueba de cargo consistente a la declaración de un testigo ([CA de Valdivia 26.11.2019 ROL 990-2019](#))

Normas asociadas: CP ART.296; L20066 ART.5; CPP ART.276; CPP ART.250

Tema: Recursos; Interpretación de la ley penal

Descriptor: Exclusión de prueba; Sobreseimiento definitivo; Recurso de Apelación; Violencia Intrafamiliar

Magistrados: Juan Correa Rosado; Carlos Gutiérrez Zavala; Luis Aedo Mora.

SINTESIS: Ministerio Público interpone recurso de apelación de audiencia de preparación de juicio oral simplificado en la que se excluyó el testimonio de una testigo por estimar que no se había cumplido con deber de registro por parte de la Fiscalía, en la misma audiencia, se abrió decretó sobreseimiento definitivo del art. 250 a) del Código Procesal Penal del hecho N°3 por haberse excluido a la única testigo del hecho. La Corte estima que el Juez de Garantía ha vulnerado el art. 276 del Código Procesal Penal al no satisfacer la falta de registro alguna de las hipótesis de la norma legal citada. (Considerando 3º, 4º, 7º)

Texto íntegro:

Valdivia, veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que la señora Makarena Pérez Segura, abogado, Fiscal Adjunto (S) del Ministerio Público, de la Fiscalía Local de Valdivia, con domicilio en Avda. Francia N° 2690, comuna y ciudad de Valdivia, en causa RIT N° 1306- 2019, RUC N° 1900261031-3, dedujo recurso de apelación en contra de la resolución de 22 de octubre de 2019, por medio de la cual se dispuso el sobreseimiento parcial y definitivo de la presente causa según lo dispuesto en la letra a del artículo 250 del Código Procesal Penal. Señala que la Fiscalía requirió en procedimiento simplificado al imputado M.S.B por tres delitos de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar del artículo 296 N° 3 del Código Penal, en relación al art. 5 de la Ley 20.066, hechos que cometió en contra de su ex conviviente doña C.N.N, con quien tiene dos hijos en común.

Segundo: Señala que en la audiencia de preparación de juicio oral simplificado de 22 de octubre de 2019, la defensa pidió exclusión de la testigo del hecho N° 3, C.V.N, por estimar que no se cumplió con el deber de registro que le corresponde a Fiscalía, por no haberse consignado su declaración, petición a la que accedió el Magistrado. Luego en la misma audiencia se abrió debate por el Juez para discutir el sobreseimiento definitivo del art. 250 a) del Código Procesal Penal, del hecho N° 3 del requerimiento producto de haberse excluido a la única testigo de ese hecho. Finalmente el Juez estimó que se cumplían todos los requisitos del art. 250 a) del Código Procesal Penal, decretando el sobreseimiento definitivo de la causa respecto del hecho N° 3, señalando en su resolución que habían testimonios imprescindibles para que el tribunal se formara convicción, y que por no haberse presentado testigos del hecho N° 3 continuar adelante con el juicio por aquel hecho sería un gasto innecesario.

Además sostuvo que la prueba que Fiscalía iba a presentar en juicio por ese hecho no cumpliría con el estándar probatorio, decidiendo adelantar la decisión del sobreseimiento respecto a ese hecho.

La recurrente sostiene que la decisión es errónea por distintas razones:

a) No existe norma legal que obligue al Ministerio Público a citar y tomar declaración a todos los testigos que se ofrezcan en la acusación. El órgano persecutor tan sólo tiene la obligación señalada en el artículo 259 del Código

Procesal Penal, en su letra f), cual es individualizar a los testigos y señalar los puntos sobre lo que declararán y esto último para los efectos de evaluar la pertinencia de las pruebas ofrecidas, resguardando de este modo el derecho a que la defensa pueda conocer no sólo la teoría del caso del Ministerio Público sino, en concreto, las pruebas de las que se valdrá el órgano persecutor y con qué objeto.

b) La obligación de registro a que está vinculado el Ministerio Público, contenida en el artículo 227 del Código Procesal Penal, se refiere a las actuaciones que el órgano de persecución realiza y no a las que no realiza, cuyo es el caso.

c) No resulta necesario contar con la declaración de tales testigos durante la investigación para los efectos de contrastarlos a la luz del artículo 332 del Código Procesal Penal, pues el ejercicio de demostrar inconsistencias, superar contradicciones o refrescar memoria a que alude tal precepto es una contingencia incierta; una mera eventualidad que supone, primero, que esos testigos hayan declarado ante la fiscalía o el juez de garantía y, segundo, que su testimonio en el desarrollo del juicio oral encuadre dentro de las posibilidades previstas en tal disposición; cuestión, como ya se dijo, que es meramente eventual.

d) El derecho a la defensa está resguardado desde el momento que pudo no sólo conocer la individualización de la testigo sino los puntos sobre los que recaerá su declaración. Luego, nada impide a la defensa, durante el desarrollo del juicio oral, contra examinar a la testigo y dirigirle preguntas de acreditación que apunten a restar o privarla de credibilidad, ya que ese en esta instancia donde se vierten las pruebas y se desarrollan las argumentaciones de los intervinientes.

e) En adición a lo anterior, la fase investigativa es desformalizada por definición. Pareciera que el tribunal a quo pretende que el Ministerio Público “confeccione expedientes” a la

usanza del modelo inquisitorio autoritario, olvidando la centralidad del juicio oral, instancia en la cual los testigos, peritos y demás medios de prueba se transforman en tales, donde son incorporados y valorados a través de la intermediación, que permite que el tribunal acceda de manera directa e inmediata a las probanzas ofrecidas por los intervinientes. En ese instante e inmediatamente luego de ello operará el artículo 309, sobre la declaración de los testigos; el art., 295, sobre libertad probatoria; el art. 297 sobre la valoración y el art. 340 inciso 2°, sobre la convicción del tribunal en base a la prueba rendida en juicio oral, todas normas del Código Procesal Penal.

f) Es en el sentido indicado que ha sido resuelto mayoritariamente el asunto debatido por nuestros tribunales de justicia. Sólo a vía de ejemplo la Corte de Apelaciones de Santiago ha indicado, en fallo Rol Corte 2210-2010 de 19 de diciembre de 2010: "...en la especie no existe infracción al derecho a defensa, toda vez que la prueba excluida no es prueba obtenida en contravención a garantías constitucionales; que no existe por otra parte disposición alguna que obligue en la etapa de investigación a consignar las declaraciones de los testigos, razón por la cual los derechos de los imputados deben ejercerse de conformidad a la ley en el respectivo juicio, pero respetando las normas de admisión de prueba y con el cual el Ministerio Público ha cumplido en el escrito de acusación.." Otros fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago en el mismo sentido: 895-2009 (5° Sala); 2530- 2010 (6° Sala), 2231-2010 (8° Sala).

Pide se revoque la resolución que decretó el sobreseimiento parcial y definitivo de la causa respecto del hecho N° 3 del requerimiento, y asimismo se revoque el auto de apertura pronunciado por el Magistrado don Fabián Duffau, Juez de Garantía de Valdivia en la parte en la que excluyó del auto de apertura la prueba de cargo consistente en la declaración de la testigo C.S.N, y se declare que esta queda incluida en el Auto de Apertura de Juicio Oral en el acápite de la prueba testimonial del Ministerio Público.

Tercero: Que, en la audiencia respectiva, la defensa pidió confirmar la resolución apelada, se ha excluido a la testigo C.S.N nombrada por la víctima en el hecho signado con el número 3, quien tendría conocimiento de dichos del requerido oídos por una tercera persona que no fue incorporada como testigo en este juicio, exclusión que se ajusta al artículo 181 del Código Procesal Penal y resguarda el derecho a la defensa.

El Tribunal hizo la exclusión y luego llamó a alegar sobre el sobreseimiento parcial definitivo respecto del hecho signado con el número 3, porque no había ningún antecedente para seguir con la causa. No existe testimonio, se trata de dichos de oídas, la hija no escuchó a su padre sino a su tía, que no se citó como testigo.

Cuarto: Que el argumento expuesto por el señor Juez de Garantía para impedir la declaración de la testigo de cargo, no se ajusta al mérito de una serie de normas dispuestas en el Código Procesal Penal que aluden a la materia. Desde luego, el artículo 276 de este cuerpo legal permite exclusión probatoria por causa de manifiesta impertinencia, pretensión de acreditar hechos públicos y notorios, efectos dilatorios (en el caso de los testigos y documentos), originadas en actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas obtenidas con infracción de garantías fundamentales. Tal norma concluye afirmando: "Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura". Como se puede advertir, la exclusión probatoria que nos ocupa no puede ser entendida sobre la base de algunas de las hipótesis que prevé la norma antes citada.

Quinto: Integra la noción del debido proceso, entre otros, el derecho al juicio previo, el derecho a presentar prueba de descargo y examinar la prueba de cargo. Pues bien, en sintonía con lo anterior y con la exigencia que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, precisamente el antes mencionado Código Procesal Penal prescribe, en términos perentorios, que la única prueba que hubiere de servir de base a la sentencia, deberá rendirse en la audiencia de juicio oral (artículo 297), salvo las expresas excepciones, que no concurren al caso en estudio. Por otro lado, sobre la prueba testimonial el legislador procesal penal, prevé una detallada regulación, aludiendo al derecho a interrogar y conainterrogar en el artículo 330. Ninguna de estas disposiciones ni otras contenidas en esta legislación, subordina la declaración en el juicio oral del testigo a las declaraciones que debiere, obligatoriamente, rendir ante el Ministerio Público o ante el Juez de Garantía.

Sexto: Que ni a la luz del contenido expreso y formal de la garantía fundamental del derecho al debido proceso reconocida por la Constitución en el artículo 19 N°3, ni con arreglo a la interpretación jurisprudencial que se dio del mismo, ni menos aún conforme a la reglamentación que el legislador procesal penal ha dado a la persecución y enjuiciamiento penal, es dable advertir que rompe la igualdad de armas o se afecta el derecho a la defensa, la circunstancia que los testigos de cargo del Ministerio Público, deben ser previamente interrogados por éste, en términos que su declaración observe el debido respaldo escrito o por algún otro medio que permite posteriormente, ya en la audiencia de juicio, confrontarlo con los dichos que se vierten en estrado. Sin duda que lo anterior será lo que usualmente acontece, pero el hecho que en casos como el presente, ello no se hubiere verificado no deslegitima aquella prueba, pues, como se ha visto, solo la que rinde en esta audiencia tiene valor para absolver o condenar, permitiéndose expresamente en dicha sede el debido conainterrogatorio para hacer presente al tribunal las inconsistencias o deficiencias de la declaración. Así entonces el derecho que la ley prevé en el artículo 332 del Código Procesal Penal, dispuesto para ambos intervinientes principales, acusador y defensa, será posible de ejercer, cuando efectivamente hubiere registro de aquellas actuaciones.

Séptimo: Que, a partir de lo razonado, la inclusión del medio de prueba en análisis hace decaer el fundamento del sobreseimiento definitivo parcial al que se arribó, sin perjuicio de haberse hecho valer, además, que junto a ese testimonio habría prueba adicional ofrecida para acreditar el hecho signado con el N° 3, de manera que se vislumbra anticipada indebidamente la decisión de fondo del caso, lo que tiene su sede natural en la sentencia pronunciada en el marco y como consecuencia de un juicio desarrollado con todas las garantías que el ordenamiento reconoce.

Octavo: En consecuencia, la resolución en alzada será revocada, en lo apelado. Por estos motivos y de conformidad con lo que disponen las normas citadas y lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Penal **se revoca** en lo apelado, la resolución en alzada, que decretó el sobreseimiento parcial y definitivo de la causa respecto del hecho N° 3 del requerimiento, y el auto de apertura en la parte en la que excluyó la prueba de cargo consistente en la declaración de la testigo C.S.V, y en su lugar se dispone que está incluida en el auto de apertura de juicio oral en el acápite de la prueba testimonial del Ministerio Público.

La audiencia de juicio oral simplificado queda a cargo de juez no inhabilitado.

Acordada contra el parecer del Ministro Titular, Sr. Luis Moisés Aedo Mora, sólo en lo que incumbe a la revocación de la resolución recaída en la exclusión del testimonio de doña C.S.N, toda vez que entiende que el Juez “a quo” obró correctamente al adoptar tal decisión, en conformidad al artículo 276 del Código Procesal Penal, la que aparece plenamente compatible con el contenido y alcance del derecho de defensa de todo imputado, garantía fundamental que implica conocer de antemano y en forma íntegra no sólo los hechos y participación atribuida, sino también la prueba de cargos que únicamente de esta forma habrá posibilidad de contrastar en el consiguiente juicio, lo cual se ve notoriamente afectado en circunstancias como la analizada, en las que sólo se aportan por la Fiscalía datos genéricos de individualización y puntos sobre los ha de versar la deposición, pero careciéndose de registro previo de dicho relato. En este sentido, la excepción que ha solido ser tolerada únicamente ha sido la concerniente a la mera mención de funcionarios policiales que han tomado parte en un procedimiento y han sido designados en el parte respectivo, pero ello ha obedecido a que a su respecto existe un contexto concreto y acotado para el ejercicio de contrainterrogatorio, cual lo es el tenor del comunicado policial de rigor. Amén de lo anterior, no debe olvidarse que el ente persecutor es quien, a diferencia del imputado y su defensa letrada, posee la exclusividad en la dirección de la investigación, de acuerdo al artículo 83 de la Constitución Política de la República y 180 del Código Procesal Penal, contando con la plenitud de los medios materiales y personales orientados a su adecuado desempeño y, por tanto, salvo desconocimiento objetivo de un medio de convicción a la época del juicio (que podría generar la excepcionalidad de admisión de oferta de prueba nueva, evidentemente sin previo registro, en los términos del artículo 336 del Código del ramo), siempre cuenta y ha contado en la especie con todos los mecanismos indispensables para el correspondiente y oportuno registro en su carpeta indagatoria, única forma de haber contribuido al restablecimiento de la igualdad de armas a favor del perseguido penalmente, propia de un debido proceso legal, lo que pudo asegurar la posibilidad real del cotejo de declaraciones respectivo y de lo cual consta haber quedado privado en el caso examinado, entendiéndose, por ende, obtenido el medio de prueba específico con inobservancia de las garantías ya mencionadas

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro Titular señor Juan Ignacio Correa Rosado y del voto en contra, su autor.

N°Penal-990-2019.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 1089-2019

Ruc: 1801090806-6

Delito: Maltrato habitual

Defensor: Eduardo Díaz Acuña

39. Se acoge Recurso de Apelación impetrado por Defensoría Penal Pública. Se sustituye la pena privativa de libertad por la remisión condicional de la misma, por estimarse reunidas las exigencias del art. 4º de la Ley Nº18.216, no considerándose el delito de maltrato habitual dentro del catálogo del art. 15 bis letra b) de la misma ley. [\(CA de Valdivia 06.12.2019 ROL 1089-2019\)](#)

Normas asociadas: L20066 ART.14; L18216 ART.4; L18216 ART.15 bis b

Tema: Interpretación de la ley penal; Recursos; Ley de medidas alternativas a la privación de libertad.

Descriptor: Principio de Legalidad; Recurso de Apelación; Remisión condicional de la pena; Violencia Intrafamiliar; Libertad vigilada intensiva

Magistrados: Juan Correa Rosado; Luis Aedo Mora; Gloria Hidalgo Álvarez

SINTESIS: Defensa interpone recurso de apelación por sentencia sobre el delito de maltrato habitual, aplicándose la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva y no la de remisión condicional, incluso cumpliendo a cabalidad los requisitos del art. 4 de la ley Nº18.216 y por no ser el delito de maltrato habitual contemplado en el art. 15 bis letra b) de la Ley Nº18.216 y porque la sanción no excedía el “quantum” de la pena dispuesta por esa norma. La Corte estima que las normas en cuestión tienen un sentido claro, no pudiendo desatenderse su tenor literal, que exige no sólo que se trate de algunos de los delitos que enuncia, sino también que tenga asociada una pena en concreto que supere los quinientos cuarenta días, debiendo entender tanto que la enumeración que efectúa no puede sino ser taxativa, merced a la aludida interpretación restrictiva en materia penal excluyente de la analogía en perjuicio del sentencia, con lo que no podría extenderse a otras no contempladas aún por desprevenición legislativa

Texto integro:

Valdivia, seis de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en Alzada de veintiocho de septiembre de dos mil diecinueve, considerandos y citas legales, a excepción de su motivo undécimo, más referencia en lo dispositivo a los artículos 14 y siguientes de la Ley Nº18.216, que se eliminan.

Y TENIENDO EN SU LUGAR Y ADEMÁS PRESENTE:

1° Que consta en la presente causa Rol Corte N°1089-2019, haberse deducido apelación por la Defensa del condenado, F.TC, en contra de la sentencia condenatoria de veintiocho de septiembre de dos mil diecinueve, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, en cuanto, habiéndole condenado a la pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, más accesorias generales y especiales por un delito de maltrato habitual, previsto y sancionado en el artículo 14 de la Ley N°20.066, le aplicó la sustitutiva de libertad vigilada intensiva y no la de remisión condicional, que era la que, en su concepto, correspondía y que resultaba más favorable al sentenciado, en síntesis, por estimar, por un lado, que se reunían a cabalidad los requisitos del artículo 4 por su defendido y, por otro, que no era aplicable la prohibición dispuesta por ese mismo precepto, por cuanto el maltrato habitual no se hallaba contemplado en el artículo 15 bis letra b) de la Ley N°18.216, ni la sanción impuesta excedía del “quantum” de la pena dispuesta por esa norma (541 días), ambos requisitos copulativos, habiéndose vulnerado así el principio de legalidad, citando jurisprudencia al efecto.

A su turno, el Ministerio Público y la querellante, sostuvieron, en suma, que debía entenderse que el maltrato habitual quedaba subsumido dentro de la referencia efectuada por el artículo 15 bis letra b) de la mentada ley, sin que se tratara de una enumeración taxativa, en la referencia que a éste efectuaba su artículo 4, compartiendo en ello el criterio del tribunal de primer grado, amén de apreciarse la necesidad de una intervención mayor en atención a la gravedad de los hechos que sirvieron de base al juicio, considerados como un delito específico y calificado de aquéllos que pueden cometerse en contexto de violencia intrafamiliar.

2° Que, con miras a dilucidar el asunto en cuestión, resulta menester tener en consideración que la interpretación normativa en materia penal debe ser siempre restrictiva, sin que pueda ser admisible, por ende, la analogía, al menos aquella denominada “in malam partem”, es decir, la que redundaría en perjuicio del imputado o condenado, por cuanto ha de primar también el principio pro reo. Lo anterior es reflejo de la vigencia del principio de legalidad en materia penal, que se ve raducido en el aforismo “nullum crimen nulla poena sine praevia lege”, cuyo contenido recoge nuestra Constitución Política de la República en su artículo 19 N°3 inciso séptimo e informa todo el ordenamiento jurídico punitivo.

3° Que en tal orientación, la Ley N°18.216, modificada por la N°20.603, introdujo una nueva regulación para ciertos institutos normativos preexistentes a los que pasó a categorizar precisamente como penas sustitutivas, dentro de las cuales se comprenden, en lo que interesa al recurso, entre otras, la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada, en modalidades simple e intensiva, las que como tales quedan sujetas al imperio de los principios enunciados en el motivo precedente.

Bajo dicho tenor, debe entenderse entonces la regla de improcedencia de la mentada remisión condicional, consagrada en el inciso final del artículo 4°, que expresamente refiere: *“Con todo, no procederá la remisión condicional como pena sustitutiva si el sentenciado fuere condenado por aquellos ilícitos previstos en los artículos 15, letra b, o 15 bis, letra b, debiendo el tribunal, en estos casos, imponer la pena de reclusión parcial, libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, si procediere.”* De antemano, el texto prevé que no siempre pudiese ser procedente alguna de estas otras penas sustitutivas, por lo que debe atenderse a las exigencias de los respectivos preceptos base.

A su vez, en lo pertinente, el artículo 15 bis letra b, prescribe: *“La libertad vigilada intensiva podrá decretarse: b) Si se tratare de alguno de los delitos establecidos en los artículos 296...del Código Penal, cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar..., y la pena privativa o restrictiva de libertad que se impusiere fuere superior a quinientos cuarenta días y no excediere de cinco años.”*

Así, pues, el sentido de la regla es claro y no puede, en consecuencia, desatenderse su tenor literal, que exige no sólo que se trate de alguno de los delitos que enuncia, sino también que tenga asociada una pena en concreto que supere quinientos cuarenta días, debiendo entender tanto que la enumeración que efectúa no puede sino ser taxativa, merced a la aludida interpretación restrictiva en materia penal excluyente de la analogía en perjuicio del sentenciado, con lo que no podría extenderse a otras no contempladas aún por desprevenición legislativa, máxime si se trata de relegar una sustitutiva de mayor intensidad dentro del catálogo legal, que es lo que se pretende mediante el reenvío efectuado por el artículo 4° ; como por el expreso empleo de la conjunción copulativa “y”, que asocia indisolublemente a los respectivas figuras típicas que menciona con una penalidad determinada, descartando, en último término, al presidio menor en su grado mínimo. Esto, una vez más, guarda plena consonancia con el propósito legal de evitar la aplicación de una sustitutiva de mayor envergadura para delitos que, en atención a la propia evaluación punitiva en lo privativo de libertad efectuada por el tribunal en concreto, no debieran hacerla meritoria.

Con similar criterio se ha resuelto, por lo demás, por este mismo Tribunal, entre otros, en Roles N°215-2015, 229-2015, 285-2015 y 286-2015.

4° Que, congruente con lo expresado, resultaría aplicable en la especie sólo la sustitutiva de remisión condicional de la pena respecto del sentenciado Treuquil Catalán, al no resultar ésta improcedente en atención a la pena que le fuera aplicada y por estimarse reunidas a su respecto las exigencias objetivas y subjetivas contempladas en el artículo 4° de la Ley especial del ramo, además de apreciarse que propiciará la resocialización adecuada del sentenciado; razón por la que deberá supeditarse a aquélla.

Por lo razonado, disposiciones legales citadas, más lo previsto en los artículos 3 a 5 y 37 de la Ley N°18.216, SE DECLARA: Que **se REVOCA**, en lo apelado, la sentencia condenatoria de veintiocho de septiembre de dos mil diecinueve, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, por lo que, en su lugar y estimándose reunidas las exigencias del artículo 4° de la Ley N°18.216, se sustituye la pena privativa de libertad impuesta al sentenciado en el acápite I de lo resolutivo del fallo, por la de remisión condicional de la misma, lo que le dejará sujeto a la discreta observación y asistencia por parte de Gendarmería de Chile por el lapso de la condena, debiendo dar cumplimiento cabal a cada una de las obligaciones impuestas por el artículo 5° de la misma ley, debiendo presentarse ante el Centro de Reinserción Social dependiente de Gendarmería de Chile de esta ciudad dentro de quinto día.

Si transcurrido dicho lapso el condenado no se presentare a cumplirla, dicho organismo informará al Juzgado de Garantía competente tal situación, con cuyo mérito podrá despacharse en su contra una orden de detención, acorde al artículo 24 de la aludida ley.

Rijan los abonos reconocidos en la parte final del acápite II de lo resolutivo de la sentencia apelada.
Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro Titular, Sr. Luis Moisés Aedo Mora.
Rol 1089 – 2019 PEN.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 1101-2019

Ruc: 1900249607-3

Delito: Conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, causando daños y lesiones menos graves

Defensora: Ximena Triviños Lespai

40. Se rechaza recurso de nulidad interpuesto por Ministerio Público. La Corte establece que la aceptación de responsabilidad en un procedimiento simplificado no puede ser considerada cuando hay errores en la investigación que no permitan acreditar la ocurrencia de los hechos, delimitando que en el art. 395 del CPP hay una prohibición de no imponer una pena superior, pero no se extiende a la posibilidad de rebajar la sanción o absolver si se requiere. [\(CA de Valdivia 13.01.2019 ROL 1101-2019\)](#)

Normas asociadas: L18289 ART.110; L18290 ART.196; CPP ART.373 b; CPP ART.395

Tema: Recursos; Culpabilidad; Interpretación de la ley penal

Descriptor: Presunción de inocencia; Recurso de Nulidad; Principio de Legalidad; Admisión de responsabilidad

Magistrados: Samuel Muñoz Weisz; Juan Varas Braun; Luis Aedo Mora

SINTESIS: Ministerio Público deduce recurso de nulidad por la causal del art. 373 b) del Código Procesal Penal, por errónea aplicación del derecho en contra de sentencia dictada en Procedimiento Simplificado, recurrente alega la transgresión del artículo 395 inciso final del mismo cuerpo legal, estableciendo que si el imputado admite su responsabilidad de manera libre y espontánea, el juez debe dictar sentencia condenatoria inmediata y no solicitar la revisión de los antecedentes de la carpeta investigativa. La Corte estima que la prohibición contenida en el art. 395 del Código Procesal Penal refiere a no poder imponer una pena superior a la solicitada en el requerimiento, pero no establece de modo alguno que el Tribunal pierda su facultad de rebajar la sanción o de absolver si el caso lo requiere, en el caso concreto no hay meros errores por parte de Fiscalía de transcripción ni menos tipográficos, se trata de la imputación de hechos que no ocurrieron, y respecto de los cuales la aceptación de responsabilidad no puede tener valor. (Considerando 3º, 6º, 7º)

Texto íntegro:

Valdivia, trece de enero de dos mil veinte.

VISTOS:

En causa rol de ingreso penal de esta Ilustrísima Corte N.º 1101- 2019, RIT 1227-2019, RUC N.º 1900249607-3 del Juzgado de Garantía de Valdivia, con fecha veintitrés de diciembre de dos mil diecinueve se llevó a efecto la audiencia para conocer el recurso de nulidad interpuesto por doña Alejandra Anabalón Zunino, Fiscal Adjunto del Ministerio Público, Fiscalía de Valdivia, en contra de la sentencia del mencionado tribunal, dictada por el Juez don Fabián Eduardo Duffau García, sentencia que, en procedimiento simplificado, absolvió a don J.M.A.B del delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, causando daños y lesiones menos graves, que se le había imputado por la Fiscalía. Invoca la Fiscalía la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, acusando que en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, y pide en consecuencia que se anule la sentencia y el juicio. Alegó por la Fiscalía doña Sonia Westermeyer Haverbeck y por la Defensa el Abogado don Eduardo Díaz Acuña.

OÍDOS LOS INTERVINIENTES y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante la sentencia recurrida se absolvió a don J.A.M.B del delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, causando daños y lesiones menos graves, previsto y sancionado en el artículo 110 inciso 2º, en relación al 196 inciso 2º, ambos de la Ley 18.290. Los hechos por los que fue acusado el Sr. J.A.M.B son los siguientes, según quedaron reseñados en la primera parte de la sentencia recurrida: “En Valdivia, el día 06 de marzo de 2019, siendo las 20:10 hrs. aproximadamente, el imputado J.A.M.B, se desempeñaba en la conducción del vehículo marca Hyundai, modelo Accent, color gris, año 2015, P.P.U. xxxx-xx por Avenida Ramón Picarte en dirección sur a norte, junto a su pareja doña A.M.C y al llegar a la altura del N.º 42XX de la referida avenida, debido al estado etílico en que se encontraba no pudo reaccionar a tiempo y fue impactado por una micro de la locomoción colectiva N.º 3, marca Agrale, modelo MA 8.5, color blanco, amarillo y verde, año 2003, P.P.U. XX-XXXX, que transitaba en sentido contrario. A raíz de lo anterior, doña A.M.C resultó con esguince de tobillo derecho, lesiones de mediana gravedad, según consta en Informe Médico Legal N.º 083-2019 de fecha 18 de marzo de 2019. En cuanto a los daños, el automóvil marca Hyundai, modelo Accent, P.P.U. XXXX-XX, resultó con daños de consideración en la parte frontal (pérdida total), mientras que el Bus marca Agrale, modelo MA 8.5, P.P.U. XX-XXXX, resultó con daños de consideración en la parte delantera. La ebriedad del requerido fue constatada por los funcionarios policiales que llegaron al lugar al realizarle el examen de alcotest, siendo trasladado al Hospital Base de Valdivia para constatar lesiones y realizarse la respectiva alcoholemia, la cual dio en resultado de 1.4 gramos por mil de alcohol en la sangre al momento de desempeñar la conducción del vehículo.”

SEGUNDO: Que el fundamento de la absolución decretada dice relación con que los hechos por los cuales fue requerido el imputado, no se condicen con la realidad, por cuanto el requerimiento señala que el imputado condujo un vehículo determinado y, en la formalización de la investigación se señala que él condujo otro vehículo, lo que afecta el principio de congruencia, lo que en definitiva afecta el derecho a defensa del acusado de manera evidente, grave y trascendental.

TERCERO: Que la Fiscalía ha invocado, como se dijo, la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, y en concreto, acusa la transgresión del artículo 395 inciso final del Código Procesal Penal que reza: “Si el imputado admitiere su responsabilidad en el hecho, el Tribunal dictará sentencia inmediatamente. En estos casos, el juez no podrá imponer una pena superior a la solicitada en el requerimiento, permitiéndose la

incorporación de antecedentes que sirvieran para la determinación de la pena”, ello, porque estima que -una vez que el imputado admite responsabilidad de manera libre y espontánea y en presencia de su abogada defensora como ocurrió efectivamente en el caso- el juez debe dictar sentencia condenatoria de manera inmediata y no solicitar la revisión de los antecedentes de la carpeta investigativa, pues la norma es clara en señalar que se permite la incorporación de antecedentes que sirvieran para la determinación de la pena y no otro tipo de antecedentes, como ocurrió en la audiencia. En resumen, alega, en el caso *sub lite* sólo correspondía al Tribunal dictar sentencia condenatoria en forma inmediata, sin estar habilitado para absolver (salvo que los hechos aceptados no sean constitutivos de delito o que la responsabilidad penal se encuentre extinguida).

CUARTO: Que en audiencia se sostuvo por la Fiscalía que el error del requerimiento consistió en situar al imputado en un automóvil diverso del microbús que efectivamente manejaba, y que tal error no alcanza a afectar el principio de congruencia ni el derecho a Defensa.

QUINTO: Que, al contrario, los errores del ente prosecutor son mucho más gruesos, y revelan un descuido difícil de condonar. En efecto, no sólo se sitúa al acusado en el vehículo menor (automóvil) que resultó dañado, sino además: A) se asocia a la copiloto de ese automóvil como la pareja del Señor J.A, sin que haya constado en realidad se conocieran en modo alguno. B) Más grave aún, esgrime un reproche penal que no se condice con la realidad: “debido al estado etílico en que se encontraba no pudo reaccionar a tiempo y fue impactado por una micro de la locomoción colectiva”, en circunstancias que el Sr. J.A era el conductor de la micro, y en el proceso no hay constancia alguna de cuál es el hecho específico (posiblemente causado por su ebriedad) que originó el accidente.

SEXTO: Que, en esas circunstancias, no se trata de un mero error de transcripción ni menos de uno tipográfico, se trata de la imputación de unos hechos que no ocurrieron, y respecto de los cuales la aceptación de responsabilidad no puede tener valor. Por lo mismo, estima esta Corte que el juez del grado detectó correctamente la infracción del principio de congruencia producida, y actuó en consecuencia, absolviendo al acusado.

SÉPTIMO: Que, finalmente, estima esta Corte que el contenido del artículo 395 ya citado establece una prohibición para el juez, quien “no podrá imponer una pena superior a la solicitada en el requerimiento”, pero no establece de modo alguno que el Tribunal pierda su facultad de rebajar la sanción o de absolver si el caso lo requiere, como ocurrió en éste. Las prohibiciones, en Derecho, y muy especialmente en Derecho Penal, deben interpretarse restrictivamente; y esta Corte no divisa cómo se pueda justificar argumentalmente de manera suficiente que un límite legal a subir la pena pueda ser interpretado como una prohibición de absolver. Desde luego, la mera referencia a la parte final del artículo en cuestión que hace la Fiscalía (“permitiéndose la incorporación de antecedentes que sirvieran para la determinación de la pena”), resulta por completo insuficiente.

OCTAVO: Que por todas las razones antes expuestas cabe concluir que no se encuentra acreditada la causal de nulidad del artículo 373 b) del Código Procesal Penal invocada por la Fiscalía en su recurso y, en consecuencia, la sentencia de la instancia no es nula por esa razón, como se declarará en lo resolutivo del presente fallo.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373, 374, 375 y 384 del Código Procesal Penal, se declara: Que **SE RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto en estos

autos por doña Alejandra Anabalón Zunino, en contra de la sentencia del Juzgado de Garantía de Valdivia, de fecha doce de noviembre de dos mil diecinueve.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Abogado Integrante señor Juan Andrés Varas Braun.

N°Penal-1101-2019.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol: 1201-2019

Ruc: 1700357377-K

Delito: Abuso sexual a menor de 14 años

Defensor: Sebastián Contreras Lancapichún

41. Se rechaza el Recurso de Nulidad impetrado por Defensoría Penal Pública. Se alega que la calificación jurídica del delito de abuso sexual de menor de catorce años debe ser como delito continuado y no reiterado como estima el TOP de Osorno ([CA de Valdivia 11.02.2020 ROL 1201-2019](#))

Normas asociadas: CP ART.366 bis; CP ART.366 ter; CPP ART.373 b; CPP ART.385

Tema: Interpretación de la ley penal; Recursos; Calificación Jurídica

Descriptor: Delitos continuados; Delitos sexuales; Recurso de nulidad; Delitos sexuales

Magistrados: Mario Kompatzki Contreras; Mauricio Fehrmann Miranda; Marcia Undurraga Jensen

SINTESIS: Defensa interpone recurso de nulidad por la causal del art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, la defensa alega que hay una errónea aplicación del derecho por haber calificado el delito como reiterado y no como continuado. La Corte rechaza el recurso estimando que la figura delictual de "delitos continuados" ha recibido acogida en delitos de orden patrimonial, siendo discutida su extensión en el ámbito de otras figuras, mayoritariamente se ha sostenido que en aquellos casos en que el bien jurídico tutelado es de naturaleza personalísima, como la indemnidad sexual, se vulnera con cada ataque del que es objeto, siendo correcta la conceptualización como delito reiterado que hizo el Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, al haber calificado el delito de abuso sexual de menor de catorce años en carácter de reiterado, no apreciándose la concurrencia del vicio reclamado, al seguirse un criterio predominante en la jurisprudencia ante una figura no definida legalmente con limitada recepción de este tipo de delitos, imponiéndose la pena en su mínimo, considerando la reiteración, advirtiéndose adecuada proporcionalidad (Considerando 2º, 5º, 6º).

Texto íntegro:

C.A. de Valdivia

Valdivia, once de febrero de dos mil veinte.

VISTOS:

En causa rol de ingreso penal de esta Corte 1201-2019, RUC 1700357377-K, RIT 145-2019 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, con fecha veintidós de enero de dos mil veinte se llevó a efecto la audiencia para conocer el recurso de nulidad interpuesto por don Sebastián Contreras Lancapichún, abogado defensor penal público, por su representado J.S.M.P, en contra de la sentencia dictada por sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, presidida por don Edmundo Moller Bianchi e integrada por don Claudio Vicuña Melo y don Héctor Hinojosa Aubel, todos jueces titulares.

El recurso se sostiene en única causal, aquella del artículo 373 letra b) Código Procesal Penal, acusando que en el pronunciamiento de la sentencia se ha efectuado una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, al calificar el delito de abuso sexual de menor de 14 años como reiterado en circunstancias que estima correcta una calificación de continuado, con el consecuente impacto en la determinación de la pena, en cuanto una menor a la finalmente establecida con la posibilidad de pena sustitutiva. En mérito de sus argumentos pretende la invalidación del fallo requiriendo sentencia de reemplazo ajustando la calificación jurídica de los hechos como un delito continuado de abuso sexual impropio, imponiéndose la pena en su mínimo, dentro del presidio menor en su grado máximo y concediéndose pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.

ÓIDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, mediante la sentencia recurrida se condenó a J.S.M.P, por su participación en calidad de autor en el delito reiterado y consumado de abuso sexual de menor de 14 años, previsto y sancionado en el artículo 366 bis en relación con el artículo 366 ter del Código Penal, en perjuicio de la hija de su conviviente, imponiéndosele la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo más accesorias legales del artículo 28 del Código Penal, esto es, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Asimismo, se le condenó a las penas accesorias especiales de interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designa por el tiempo de la condena, y de sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal; inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad y a la prohibición de aproximarse a la víctima por el tiempo de la condena. Finalmente se ordenó el registro de su huella genética.

Los hechos acreditados fueron los siguientes:

“En distintos días y lugares, el imputado J.S.M.P, Cédula Nacional de Identidad N° 10.516.XXX-X, realizó de forma reiterada actos de significación y relevancia sexual en contra de la menor de iniciales V.A.O.G. nacida el 25 de abril de 2001. Hecho 2: En fecha indeterminada, entre los años 2009 al 2013; al interior del domicilio ubicado en Frente al peaje lateral de acceso a la comuna de Purranque, el imputado llevó a la menor hasta la habitación que ocupaba él con su conviviente y la sentó en la cama, la desnudó, abrió sus piernas, estando él también desnudo y rozó su pene contra la vagina de la niña. Hecho 3: En el mismo domicilio y durante el período señalado, el imputado llegaba a acostarse a la cama donde se encontraba la víctima en compañía de su hermana menor quien es hija del imputado, y por debajo de la ropa de cama, tomaba la mano de la menor y la colocaba sobre su pene, mientras que con su otra mano tocaba la vagina de la niña por debajo de

su ropa. Hecho 4: Frustrado: En una oportunidad, aprovechando que estaba sólo otro menor en la casa, este se desnudó delante de la menor y le comenzó a bajar la ropa interior a la niña, siendo sorprendido por el hermano de la víctima, quien la ayudó huyendo ambos menores de la casa en la cual vivían. Hecho 5: Entre el año 2013 y 2014, en las cercanías de la ruta 5 sur, mientras el imputado junto a la víctima esperaban que uno de los hermanos regresara en autobús, al interior de un automóvil, el imputado desabrochó su pantalón y tomó la mano de la víctima para que esta tocara su pene”.

Segundo: Que la defensa cuestiona el razonamiento del tribunal, plasmado en el considerando undécimo o décimo primero, citando a los profesores Cury y Rodríguez Collao para sostener la procedencia de la calificación pretendida, un delito continuado, de la cual estima no existe inconveniente para ser aplicada al ámbito de los delitos sexuales, siendo recogida a nivel de tribunales superiores de justicia, citando dos fallos, uno de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, rol 345-2008 y otro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1596-2009. Enfatiza que en el presente caso sujeto activo y pasivo son los mismos, existe transcurso del tiempo que permite distinguir acciones distintas y la modalidad de comisión es la misma, existiendo un mismo bien jurídico protegido.

Tercero: Que la causal de nulidad establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal opera “*Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo*”.

Según la doctrina, la transgresión acusada puede ocurrir: contraviniendo la ley formalmente, interpretándola erróneamente o haciendo una falsa aplicación de ella. La causal esgrimida recae exclusivamente sobre aspectos de derecho, no pudiéndose alterar por intermedio de ella los hechos de la causa.

Conforme el artículo 385 del Código Procesal Penal, la dictación de sentencia de reemplazo originada por la declaración de nulidad del fallo recurrido, es una situación excepcional, que sólo procede en tres supuestos alusivos al fallo, cuando hubiere: a) calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal; b) aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna o c) impuesto una superior a la que legalmente correspondiere.

Cuarto: Que el tribunal razona frente a la calificación jurídica en el considerando que denomina “décimo primero”, en los siguientes términos: “*Decisión condenatoria. Que, tal como se adelantase en el veredicto, con el mérito de lo razonado precedentemente el Tribunal decidió condenar al acusado J.S.M.P, por su participación en calidad de autor de tres delitos de abuso sexual contra menor de catorce años, previsto y sancionado en el artículo 366 bis en relación con el artículo 366 ter del Código Penal, en grado de consumado, por dos hechos ocurridos entre los años 2009 al 2013 y otro a fines del 2013 o principios del 2014 y uno en carácter de frustrado durante el periodo(sic) de 2009 a 2013. Los hechos establecidos constituyen el delito reiterado de abuso sexual de menor de 14 años, previstos y sancionados en los artículos 366 bis y 366 ter, del Código Penal, tres hechos consumados y uno frustrado, perpetrados en calidad de autor por el acusado J.S.M.P, según lo previsto en los artículos 14 N°1 y 15 N°1 del Código Penal.*

Se califica de reiterado, rechazando la solicitud de consideralos(sic) como un delito continuado, ya que la Fiscalía, a través de su prueba, logró determinar en términos precisos y concretos cada una de las oportunidades o episodios configurativos de abuso sexual, como se puede observar en el establecimiento(sic) de los hechos. No se apreció

acciones homogéneas que reporten una unidad del delito, individualizándose distintas resoluciones criminales del sujeto activo en cada ataque”.

Quinto: Que se entiende por delito continuado “*aquel constituido por dos o más acciones u omisiones separadas por un cierto tiempo que, no obstante integrar cada una de ellas por separado la misma figura fundamental de delito, se valoran como uno solo en razón de la homogeneidad de sus elementos.*” (Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 16, N°1, 2009, pág. 251-264, Guillermo Oliver y Luis Rodríguez Collao).

La figura de los delitos continuados es una creación a nivel doctrinario y jurisprudencial para afrontar situaciones en las que no se precisa la data o la cantidad de ocasiones en que se verificó la perpetración de los hechos ilícitos.

Esta figura delictual ha recibido acogida en delitos de orden patrimonial, siendo discutida su extensión al ámbito de otras figuras, en particular por la valoración del bien jurídico protegido. En tal sentido, mayoritariamente se ha sostenido, parecer que esta Corte comparte, que en aquellos casos en que el bien jurídico tutelado es de naturaleza personalísima, como en este caso la indemnidad sexual, se vulnera con cada ataque del que es objeto, siendo correcta su conceptualización como delito reiterado.

Sexto: Que en mérito de lo analizado, se advierte una correcta aplicación del derecho por parte de los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, al haber calificado el delito de abuso sexual de menor de catorce años en carácter de reiterado, no apreciándose la concurrencia del vicio reclamado, al seguirse un criterio predominante en la jurisprudencia ante una figura no definida legalmente, con limitada recepción en este tipo de delitos, imponiéndose la pena en su mínimo, considerando la reiteración, advirtiendo adecuada proporcionalidad.

Y visto además, lo dispuesto en los artículos 297, 340, 341, 342, 373 letra b), 384 y 385 del Código Procesal Penal, se declara: Que, se **RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por el abogado defensor de la Defensoría Penal Pública don Sebastián Contreras Lancapichún, por su representado J.S.M.P en contra de la sentencia de diecisiete de diciembre de dos mil diecinueve, dictada por el Tribunal de Juicio Oral de Osorno, en causa RIT 145-2019, RUC 1700357377-K, la cual no es nula.

Regístrese y comuníquese.

Redactó el Abogado Integrante Sr. Mauricio Fehrmann Miranda.

N°Penal-1201-2019.

INDICES

i. ÍNDICE POR SENTENCIA

SENTENCIA	UBICACIÓN
CS 22.05.2019 ROL 9194-201. Rechaza Recurso de Nulidad impetrado por defensa particular, al considerar la Corte Suprema que no había vulneración de garantías fundamentales al haberse ajustado a derecho el control de identidad realizado por funcionarios policiales teniendo como fundamento una situación de flagrancia, actuando dentro de su ámbito de competencia.	p.16-20
CS 19.06.2019 ROL 11656-2019. Corte Suprema rechaza recurso de nulidad impetrado por la defensa al considerar que los funcionarios policiales se encontraban habilitados para llevar a cabo el control de identidad no transgrediéndose las facultades que le confiere el ordenamiento jurídico como tampoco las garantías y derechos consagrados en el art. 19 N° 3 de la Constitución.	p.21-23
CS 19.08.2019 ROL 18367-19. Acoge recurso de nulidad presentado por la defensa. Respecto a imputado adolescente corresponde aplicar la regla de prescripción de la acción penal contenida en el art. 5° L20084.	p.24-28
CS 13.09.2019 ROL 303-2018.Rechaza recurso de nulidad impetrado por la defensa. Alejamiento al advertir presencia policial configura indicio habilitante para proceder según art. 85 CPP.	p.29-35

<p>CS 11.10. 2019 ROL 28993-2019. Acoge recurso de apelación presentado por la defensa en contra de resolución que rechazó acción de amparo presentada en favor de imputado adolescente. Corresponde respetar los límites máximos de pena establecidos en la Ley 20084.</p>	<p>p.36-38</p>
<p>CA de Valdivia 18.04.2019 ROL 25-2019. Se rechaza Acción Constitucional de Amparo impetrada por Defensoría Penal Pública. Considera la Corte que la nueva normativa da una regla interpretativa que asienta que deben considerarse los requisitos del beneficio de libertad condicional en la época de postulación, no cumpliendo los condenados con dichos requisitos y no habiendo, por tanto, vulneración de garantías</p>	<p>p.39-44</p>
<p>CA de Valdivia 03.04.2019 ROL 30-2019. Se acoge la Acción Constitucional de Amparo impetrado por Defensoría Penal Pública. Se considera que la modificación del Decreto Ley 321 por la ley N° 21.124 no puede afectar a personas que han sido condenadas previa a dicha modificación por aplicación del principio de la irretroactividad de la ley penal desfavorable.</p>	<p>p.45-50</p>
<p>CA de Valdivia 22.05.2019 ROL 34-2019. Se acoge Acción Constitucional de Amparo interpuesta por Defensoría Penal Pública en contra del Consejo Técnico de Gendarmería de Chile, debiendo restituirse el beneficio de salida de fin de semana que gozaba el interno y mantenerlo mientras no se acrediten las circunstancias de revocación establecidas en el art. 113 del Decreto 518.</p>	<p>p.51-55</p>
<p>CA de Valdivia 21.06.2019 ROL 48-2019. Acoge acción de amparo interpuesta por la defensa. Arresto decretado contra imputado adolescente según el art. 530 N°3 COT es desproporcionado a la luz de la normativa internacional y legal especializada en la materia.</p>	<p>p.56-64</p>

<p>CA de Valdivia 17.07.2019, ROL 60-2019. Acoge recurso de amparo interpuesto por defensa penitenciaria. A falta de norma expresa, y según el principio in dubio pro reo, son procedentes los abonos heterogéneos, aun cuando deriven de excesos de tiempo cautelares de privación de libertad.</p>	<p>p.65-71</p>
<p>CA de Valdivia 26.09.2019 ROL 72- 2019. Rechaza recurso de amparo interpuesto por Defensoría Penal Pública. Las conductas señaladas como vulneratorias de derechos fundamentales encuentran justificación en el contexto de alteración del orden y la convivencia del establecimiento penitenciario y se ajustan a las facultades legalmente concedidas a Gendarmería de Chile.</p>	<p>p.72-79</p>
<p>CA de Valdivia 25.06.2019 ROL 440-2019. Rechaza recurso de nulidad presentado por la defensa. El parentesco es un vínculo relacional que se ostenta respecto de personas que mantienen relaciones mutuas. El parentesco por afinidad, en los términos del Código Civil, no excluye a las personas solteras.</p>	<p>p.80-84</p>
<p>CA de Valdivia 13.06.2019 ROL 450-2019. Se acoge recurso de apelación interpuesto por la parte querellante en contra de la resolución que resolvió declarar el abandono de la querella, por la no adhesión al requerimiento presentado por el Ministerio Público en juicio simplificado. Se establece que, dadas las especiales características de este tipo de procedimiento, se entiende por cumplido el trámite de adhesión a la acusación con la presencia del querellante a la audiencia de preparación de juicio oral simplificado.</p>	<p>p.85-86</p>

<p>CA de Valdivia 13.06.2019 ROL 451-2019. Acoge recurso de apelación. Recurren Ministerio Público y defensa en contra de la resolución que rechazó la solicitud de someter a imputado a tramitación conforme a las reglas del procedimiento abreviado. En el presente caso la decisión judicial no se condice con las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico.</p>	<p>p.87-88</p>
<p>CA de Valdivia 18.06.2019 ROL 454-2019. Rechaza recurso de hecho interpuesto por la parte querellante en contra de la resolución dictada por el Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli que declaró inadmisibile un recurso de apelación interpuesto contra resolución que comunica la facultad de no perseverar. La apelación no es procedente pues la resolución atacada solo comunica una decisión privativa del Ministerio Público.</p>	<p>p.89-90</p>
<p>CA de Valdivia 24.07.2019 rol 459-2019. Rechaza recurso de nulidad impetrado por la defensa. Recurrente arguye que la prueba rendida fue insuficiente, puesto que se basó únicamente en la declaración de la víctima, quien se retractó. La prueba se valoró correctamente y la retractación de la víctima obedece a una dinámica de violencia de género que debe ser tomada en cuenta en el ejercicio de la labor jurisdiccional.</p>	<p>p.91-94</p>
<p>CA de Valdivia 06.08.2019 ROL 520-2019. Rechaza Recurso de Nulidad presentado por la defensa. Recurrente arguye que debió considerarse conjuntamente las atenuantes del art. 11 N°9 CPP y 22 L 20000 puesto que los hechos en los que se funda el delito son independientes. Según el Tribunal de Alzada, los hechos son sucesivos y concatenados y, por tanto, no cabe valorar un mismo elemento en dos momentos distintos. Se impone la atenuante específica del art. 22 L 20000 por aplicación del principio de especialidad.</p>	<p>p.95-100</p>

<p>CA de Valdivia 02.08.2019 ROL 534 – 2019. Rechaza recursos de nulidad presentados por defensores penales públicos. La Corte establece que en ausencia de delimitación de la circunstancia agravante descrita en el art. 12Nº16 CPP, se consideró correctamente que los delitos involucrados poseen la misma conducta basal, bastando para configurar la agravante en comento.</p>	<p>p.101-110</p>
<p>CA de Valdivia 07.08.2019 ROL 535-2019.Rechaza recurso de nulidad impetrado por la defensa. Los hechos descritos permiten dar por acreditada la existencia del ánimo de apropiación. El art. 7 CP no exige que se principie la ejecución de todos los elementos del tipo penal.</p>	<p>p.111-115</p>
<p>CA de Valdivia 06.08.2019 ROL 545-2019. Rechaza recurso de nulidad presentado por la defensa. El Tribunal a quo incurrió en una errónea aplicación del derecho al considerar la circunstancia agravante del art. 449bis CP para un delito contemplado fuera del párrafo correspondiente del citado cuerpo legal. No obstante, considerando la gravedad del mal causado, el yerro no influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo.</p>	<p>p.116-121</p>
<p>CA de Valdivia 29.07.2019 ROL 554-2019. Acoge Recurso de Nulidad presentado por la Defensoría. El hecho que sirvió a la condena no se encuentra tipificado en la ley penal.</p>	<p>p.122-125</p>
<p>CA de Valdivia 26.07.2019 ROL 555-2019.Corte rechaza recurso de nulidad impetrado por defensor privado. La cadena de hechos materia de la investigación excede a la calificación jurídica pretendida por la defensa. El examen de pureza no afecta la tipicidad ni antijuricidad.</p>	<p>p.126-131</p>
<p>CA de Valdivia 09.08.2019 ROL 557 -2019. Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa. El desistimiento se configura cuando el sujeto se abstiene voluntariamente de proseguir ejecutando una acción, en circunstancias que podría continuarla.</p>	<p>p.132-138</p>
<p>CA de Valdivia 14.08.2019 ROL 606-2019.</p>	<p>p.139-146</p>

Rechaza recurso de nulidad interpuesto por Fiscal del Ministerio Público. Los juzgadores aplicaron correctamente la herramienta de Control de Convencionalidad, mandatada por la CPR en sus arts. 5, 6 y 7, para estimar procedente la pena sustitutiva de privación de libertad para delito contemplado en la Ley de Control de Armas.	
CA de Valdivia 03.09.2019, ROL 640-2019. Rechaza recurso de nulidad impetrado por la defensa. El hecho de que el arma de fuego contenga las municiones no excluye que se configuren dos delitos diferenciados.	p.147-149
CA de Valdivia 13.09.2019 ROL 671-2019. Rechaza recurso de nulidad presentado por la defensa. La agravante del art. 368 CP tiene como fundamento la situación ventajosa del hechor para cometer el delito, circunstancia que se verifica en la especie.	p.150-154
CA de Valdivia 11.09.2019 ROL 674-2019. Acoge recurso de nulidad presentado por la defensa. Los hechos que se tuvieron por acreditados son constitutivos de un solo delito, absorbiendo el primer hecho al segundo.	p.155-160
CA de Valdivia 10.09.2019 ROL 704-2019. Acoge recurso de nulidad presentado por la defensa. Anotación relativa a auto de procesamiento no es fundamento válido para denegar la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior.	p.161-164
CA de Valdivia 17.09.2019 ROL 739 - 2019. Rechaza Recurso de Nulidad presentado por defensa particular. Se establece que la sentencia definitiva se ajusta a derecho al considerar que las penas accesorias del ilícito no quedan cubiertas por los beneficios de la Ley 18.216, sino sólo la principal.	p.165-167
CA de Valdivia 08.10.2019 ROL 841-2019. Acoge recurso de hecho presentado por defensa particular. Se argumenta que la entrega de la cosa estafada a la víctima es apelable por tratarse de una sentencia interlocutoria que falla un incidente del juicio estableciendo derechos permanentes para las partes al tenor del art. 187 del	p.168-170

Código Procesal Penal en relación con el art. 52 del Código de Procedimiento Civil.	
CA de Valdivia 28.10.2019 ROL 850-2019. Acoge Recurso de Nulidad interpuesto por Fiscal del Ministerio Público. Se estima que el delito de desacato, cuando hay una prohibición de acercarse a la víctima, se produce con la sola circunstancia de concurrir el acusado al domicilio, no siendo exigencia el ingreso a este.	p.171-175
CA de Valdivia 11.11.2019 ROL 861-2019. Rechaza recurso de nulidad interpuesto por Defensoría Penal Pública. Se establece que es correcta la apreciación del TOP al dar la calificación jurídica de robo con intimidación y no de robo por sorpresa, argumentado que al ser la víctima una persona de menor fuerza física y que está siendo violentada por un sujeto, que en el proceso de acercamiento íntima con urgencia y reiteración la entrega de la cosa, constituye la intimidación de la que versa el art. 439 del Código Penal.	p.176-182
CA de Valdivia 07.11.2019 ROL 946-2019. Rechaza recurso de apelación interpuesto por Ministerio Público. Se confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de Valdivia que decretaba sobreseimiento definitivo por no mediar denuncia del art. 54 CPP.	p.183-184
CA de Valdivia 05.11.2019 ROL 963-2019. Rechaza Recurso de Apelación interpuesto por Defensoría Penal Pública. Se estima que el art. 450 del Código Penal no es aplicable a adolescentes por aplicación de los artículos 2º y 21 de la Ley 20.084.	p.185-187
CA de Valdivia 09.12.2019 ROL 967-2019. Se acoge Recurso de Nulidad interpuesto por Defensa Particular. Se establece que se valoraron medios de prueba en contra de lo establecido en el art. 297 del Código Procesal Penal, no pudiendo entonces, llegar a la convicción de condena.	p.188-193
CA de Valdivia 09.12.2019 ROL 984-2019. Acoge Recurso de Nulidad presentado por la defensa. Recurrente aduce que hay un error en la aplicación del derecho al momento de decretar la pena accesoria de registro de huella genética a delitos de microtráfico o tráfico de pequeñas	p.194-196

cantidades.	
CA de Valdivia 04.12.2019 ROL 985-2019. Se acoge Recurso de Nulidad impetrado por defensa particular. Se estima que para que se configure el delito penal de usurpación no violenta, no basta una mera ocupación material de inmueble, sino que debe acreditarse despojo del derecho habiente, teniendo como antecedentes intimidación, astucia o engaño.	p.197-203
CA de Valdivia 26.11.2019 ROL 990-2019. Se revoca resolución de alzada deducida por Ministerio Público, que decretó el sobreseimiento parcial y definitivo de la causa respecto a uno de sus hechos, y el auto de apertura en la que se excluyó prueba de cargo consistente a la declaración de un testigo.	p.204-208
CA de Valdivia 06.12.2019 ROL 1089-2019. Se acoge Recurso de Apelación impetrado por Defensoría Penal Pública. Se sustituye la pena privativa de libertad por la remisión condicional de la misma, por estimarse reunidas las exigencias del art. 4º de la Ley Nº18.216, no considerándose el delito de maltrato habitual dentro del catálogo del art. 15 bis letra b) de la misma ley.	p.209-212
CA de Valdivia 13.01.2019 ROL 1101-2019. Se rechaza recurso de nulidad interpuesto por Ministerio Público. La Corte establece que la aceptación de responsabilidad en un procedimiento simplificado no puede ser considerada cuando hay errores en la investigación que no permitan acreditar la ocurrencia de los hechos, delimitando que en el art. 395 del CPP hay una prohibición de no imponer una pena superior, pero no se extiende a la posibilidad de rebajar la sanción o absolver si se requiere.	p.213-216
CA de Valdivia 11.02.2020 ROL 1201-2019. Se rechaza el Recurso de Nulidad impetrado por Defensoría Penal Pública. Se alega que la calificación jurídica del delito de abuso sexual de menor de catorce años debe ser como delito continuado y no reiterado como estima el TOP de Osorno.	p.217-220

II. ÍNDICE POR TEMA

TEMA	UBICACIÓN
Acción de amparo	p.56-64
Adecuación de sentencia condenatoria a normativa especializada para imputados adolescentes	p.36-38
Adhesión a la acusación	p.85-86
Admisibilidad recurso de apelación	p.89-90
Agravante	p.101-110 ; p.150-154
Allanamiento y registro intrapenitenciario	p.72-79
Aplicación de atenuantes	p.95-100
Aplicación principio de subsunción	p.155-160
Atenuantes	p.161-164
Calificación jurídica	p.122-125 ; p.126-131 ; p.147-149 ; p.155-160 ; p.217-220
Configuración de indicio	p.29-35
Control de convencionalidad	p.139-146
Control de Identidad	p.29-35
Control jurisdiccional	p.87-88
Culpabilidad	p.51-55 ; p.213-216
Delitos sexuales.	p.150-154
Derecho Penitenciario	p.39-44 ; p.45-50
Desistimiento	p.132-138
Determinación legal/Judicial de la pena	p.111-115 ; p.116-121 ; p.185-187
Disposiciones comunes a todo procedimiento	p.168-170
Etapa de investigación	p.16-20
Garantías constitucionales.	p.16-20 ; p.21-23 ; p.39-44 ; p.45-50 ; p.51-55
Interpretación de la ley penal	p.51-55 ; p.111-115 ; p.165-167 ; p.168-170 ; p.171-175 ; p.176-182 ; p.183-184 ; p.185-187 ; p.188-193 ; p.194-196 ; p.197-203 ; p.204-208 ; p.209-

	212 ; p.213-216 ; p.217-220
Ley de Drogas	p.194-196
Ley de medidas alternativas a la privación/restricción de libertad.	p.165-167 ; p.209-212
Medidas Cautelares	p.171-175
Medidas disciplinarias contra adolescentes	p.56-64
Parentesco	p.80-84
Pena sustitutiva de privación de libertad	p.139-146
Principio de consunción	p.147-149
Principio de Especialidad	p.24-28
Principios y Garantías del Sistema Procesal en el CPP	p.16-20 ; p.188-193
Procedencia de abono heterogéneo	p.65-71
Recursos	p.16-20 ; p.21-23 ; p.39-44 ; p.45-50 ; p.51-55 ; p.91-94 ; p.95-100 ; p.116-121 ; p.122-125 ; p.132-138 ; p.150-154 ; p.161-164 ; p.165-167 ; p.168-170 ; p.171-175 ; p.176-182 ; p.183-184 ; p.185-187 ; p.194-196 ; p.197-203 ; p.204-208 ; p.209-212 ; p.213-216 ; p.217-220
Reglas de Prescripción	p.24-28
Retractación de la víctima	p.91-94
Solicitud de procedimiento abreviado	p.87-88
Tentativa inidónea	p.132-138
Tipicidad	p.197-203
Tipicidad del hecho	p.122-125
Valoración de la prueba	p.91-94 ; p.126-131

III. ÍNDICE POR DESCRIPTORES

DESCRIPTORES	UBICACIÓN
Abonos de tiempo de privación de libertad	p.65-71
Admisión de responsabilidad	p.213-216
Agravantes	p.116-121
Beneficios Intrapenitenciarios	p.51-55
Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal	p.95-100 ; p.101-110 ; p.116-121 ; p.150-154 ; p.161-164
Concurso aparente de leyes penales	p.95-100 ; p.111-115 ; p.147-149 ; p.155-160
Control de constitucionalidad	p.139-146
Control de identidad	p.16-20
Control difuso de constitucionalidad	p.139-146
Control Preventivo de Identidad	p.29-35
Debido proceso	p.16-20
Delitos continuados	p.217-220
Delitos contra la indemnidad sexual	p.188-193
Delitos contra la propiedad	p.21-23 ; p.176-182 ; p.185-187
Delitos funcionarios	p.165-167
Delitos sexuales	p.24-28 ; p.150-154 ; p.188-193 ; p.217-220
Detención ilegal	p.21-23
Determinación de sanciones	p.165-167
Dignidad humana	p.72-79
Estafa	p.168-170
Examen de pureza	p.126-131
Exclusión de prueba	p.204-208
Facultad de no perseverar	p.89-90
Falsificación	p.165-167
Flagrancia	p.16-20 ; p.29-35
Funcionarios Públicos	p.165-167
Huella genética	p.194-196
Interés Superior del Niño	p.24-28 ; p.56-64
Interpretación de la Ley penal	p.65-71 ; p.91-94 ; p.95-100 ; p.101-110 ; p.122-125
Irreprochable conducta anterior	p.161-164
Irretroactividad de la Ley Penal	p.39-44 ; p.45-50
Juicio Oral Simplificado	p.85-86

Ley Penal Favorable	p.39-44 ; p.45-50 ; p.65-71
Libertad personal	p.29-35 ; p.36-38 ; p.39-44 ; p.45-50 ; p.51-55 ; p.56-64 ; p.72-79
Libertad vigilada intensiva	p.139-146 ; p.209-212
Medidas Cautelares Personales	p.171-175
Medio comisivo	p.176-182
Nulidad de la sentencia.	p.197-203
Parentesco por afinidad	p.80-84
Penas accesorias especiales.	p.165-167
Presunción de inocencia	p.51-55 ; p.161-164 ; p.188-193 ; p.213-216
Principio de Especialidad	p.95-100 ; p.150-154
Principio de irretroactividad	p.87-88
Principio de Legalidad	p.122-125 ; p.209-212 ; p.213-216
Principio in dubio pro reo	p.65-71
Procedimiento abreviado	p.87-88
Prohibición de acercarse a la víctima	p.171-175
Prueba ilícita	p.16-20
Querellante	p.85-86
Recurso de amparo	p.39-44 ; p.45-50 ; p.51-55 ; p.56-64 ; p.65-71 ; p.72-79
Recurso de Apelación	p.36-38 ; p.85-86 ; p.87-88 ; p.183-184 ; p.185-187 ; p.204-208 ; p.209-212
Recurso de hecho	p.89-90 ; p.168-170
Recurso de Nulidad	p.16-20 ; p.21-23 ; p.24-28 ; p.29-35 ; p.80-84 ; p.91-94 ; p.95-100 ; p.101-110 ; p.111-115 ; p.116-121 ; p.122-125 ; p.126-131 ; p.132-138 ; p.139-146 ; p.147-149 ; p.150-154 ; p.155-160 ; p.161-164 ; p.165-167 ; p.171-175 ; p.176-182 ; p.188-193 ; p.194-196 ; p.197-203 ; p.213-216 ; p.217-220
Registro de vestimentas	p.29-35
Remisión condicional de la pena	p.209-212
Responsabilidad Penal Adolescente	p.24-28 ; p.36-38 ; p.56-64 ; p.185-187
Robo en bienes nacionales de uso público	p.21-23
Sobreseimiento definitivo	p.183-184 ; p.204-208
Tentativa	p.111-115 ; p.132-138
Tipicidad	p.126-131

Tipicidad objetiva	p.197-203
Tráfico ilícito de drogas	p.194-196
Tratos crueles, inhumanos o degradantes	p.72-79
Usurpación	p.197-203
Violencia de Género	p.91-94
Violencia Intrafamiliar	p.80-84 ; p.91-94 ; p.150-154 ; p.171-175 ; p.183-184 ; p.204-208 ; p.209-212

IV. ÍNDICE POR DEFENSOR

DEFENSOR	UBICACIÓN
Alexis Norambuena Alvarez	p.168-170
Carlos Matamala Troncoso	p.95-100 ; p.132-138
César Gárnica González	p.126-131
Cristian Otárola Vera	p.29-35 ; p.139-146
Daniel Castro González	p.165-167 ; p.188-193
Debhora Maldonado Acosta	p.85-86
Eduardo Díaz Acuña	p.80-84 ; p.204-208 ; p.209-212
Felipe Saldivia Ramos	p.101-110
Felipe Saldivia Ramos	p.111-115 ; p.150-154
Iván Cárdenas Cárdenas	p.155-160 ; p.161-164
Loreto Mondión Rodríguez	p.56-64 ; p.185-187
Marcela Tapia Silva	p.39-44 ; p.45-50 ; p.51-55 ; p.65-71
María Ureta Bravo	p.36-38
Marlis Cristina Sagner Tapia	p.176-182
Matías Cartes Díaz	p.147-149
Mauricio Obreque Pardo	p.24-28
Oscar Soto Vio	p.122-125
Osvaldo Salgado Chamorro	p.91-94
Pablo Ardouin Bórquez	p.72-79
Pamela González Vásquez	p.87-88 ; p.89-90
Renato Jiménez Ramírez	p.116-121
Sebastián Contreras Lancapichún	p.194-196 ; p.217-220
Valeria Arriagada Contreras	p.183-184
Ximena Triviños Lespai	p.101-110 ; p.213-216

V. ÍNDICE POR DELITO

DELITO	UBICACIÓN
Abuso sexual a menor de 14 años	p.150-154 ; p.188-193 ; p.217-220
Amenazas en contexto de VIF	p.204-208
Amenazas no condicionales en contexto de Violencia Intrafamiliar	p.91-94
Cohecho	p.29-35
Conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, causando daños y lesiones menos graves	p.213-216
Desacato	p.171-175
Estafa y apropiación indebida	p.168-170
Falsificación de licencia médica	p.165-167
Homicidio frustrado	p.161-164
Incendio	p.36-38 ; p.89-90
Incendio en lugar destinado a servir de morada	p.116-121
Lesiones graves en contexto de violencia intrafamiliar	p.80-84
Lesiones menos graves en contexto de Violencia Intrafamiliar	p.85-86 ; p.91-94 ; p.183-184
Maltrato habitual	p.209-212
Microtráfico	p.194-196
Porte ilegal de arma de fuego y municiones	p.29-35 ; p.139-146 ; p.147-149
Porte y tenencia de elementos conocidamente destinados para cometer delito de robo	p.122-125
Robo con fuerza en las cosas en grado de tentado	p.111-115
Robo con fuerza en lugar destinado a la habitación	p.132-138 ; p.185-187
Robo con homicidio	p.116-121
Robo con intimidación	p.101-110 ; p.176-182
Robo con resultado de lesiones graves gravísimas	p.36-38
Robo de especies ubicadas en bienes nacionales de uso público	p.21-23
Robo en lugar habitado	p.16-20
Tenencia ilegal de arma de fuego	p.87-88 ; p.155-160
Tenencia ilegal de municiones	p.87-88 ; p.155-160
Tráfico de drogas	p.126-131

Tráfico Ilícito de Drogas	p.95-100
Usurpación no violenta	p.197-203
Violación reiterada contra menor de 14 años	p.24-28

VI. ÍNDICE POR MAGISTRADO

MAGISTRADO	UBICACIÓN
Antonio Barra Rojas	p.16-20 ; p.21-23
Carlos Gutiérrez Zabala	p.39-44 ; p.51-55 ; p.65-71 ; p.72-79 ; p.85-86 ; p.89-90 ; p.95-100 ; p.101-110 ; p.126-131 ; p.139-146 ; p.168-170 ; p.176-182 ; p.197-203 ; p.183-184 ; p.204-208
Carlos Künsemüller Loebenfelder	p.21-23 ; p.24-28 ; p.29-35 ; p.36-38
Diego Munita Luco	p.16-20
Gloria Hidalgo Alvarez	p.65-71 ; p.80-84 ; p.87-88 ; p.111-115 ; p.122-125 ; p.132-138 ; p.176-182 ; p.185-187 ; p.209-212
Higor Dolmestch Urra	p.21-23 ; p.24-28 ; p.36-38
Jorge Dahm Oyarzún	p.21-23 ; p.24-28 ; p.36-38
Jorge Lagos Gatica	p.29-35
Juan Correa Rosado	p.39-44 ; p.72-79 ; p.89-90 ; p.95-100 ; p.101-110 ; p.126-131 ; p.139-146 ; p.155-160 ; p.161-164 ; p.183-184 ; p.197-203 ; p.204-208 ; p.209-212
Juan Ignacio Correa Rosado	p.85-86
Juan Varas Braun	p.111-115 ; p.176-182 ; p.194-196 ; p.213-216
Juan Vidal Etcheverry	p.56-64 ; p.161-164 ; p.171-175
Julio Kompatzki Contreras	p.87-88
Lamberto Cisternas Rocha	p.16-20 ; p.24-28 ; p.36-38
Leonor Etcheberry Court	p.36-38
Luis Aedo Mora	p.39-44 ; p.51-55 ; p.65-71 ; p.85-86 ; p.89-90 ; p.95-100 ; p.101-110 ; p.126-131 ; p.139-146 ; p.155-160 ; p.168-170 ; p.183-184 ; p.197-203 ; p.204-208 ; p.209-212 ; p.213-216
Luis Duran Roubillard	p.45-50 ; p.51-55 ; p.168-170
Luis Galdames Buhler	p.155-160 ; p.185-187 ; p.188-193
Luis Moisés Aedo Mora	p.161-164
Manuel Valderrama Rebolledo	p.16-20 ; p.21-23 ; p.24-28 ; p.29-35

Marcia Undurraga Jensen	p.45-50 ; p.91-94 ; p.111-115 ; p.116-121 ; p.122-125 ; p.132-138 ; p.147-149 ; p.150-154 ; p.165-167 ; p.188-193 ; p.194-196 ; p.217-220
María Del Río Tapia	p.45-50 ; p.56-64 ; p.116-121 ; p.165-167 ; p.171-175
María Gajardo Harboe	p.29-35
María Piñeiro Fuenzalida	p.80-84 ; p.87-88 ; p.91-94 ; p.122-125 ; p.147-149 ; p.150-154 ; p.171-175
Mario Kompatski Contreras	p.56-64 ; p.80-84 ; p.91-94 ; p.116-121 ; p.147-149 ; p.150-154 ; p.165-167 ; p.185-187 ; p.188-193 ; p.194-196 ; p.217-220
Mauricio Fehrmann Miranda	p.72-79 ; p.132-138 ; p.217-220
Mauricio Silva Cancino	p.16-20
Samuel Muñoz Weisz	p.213-216