

ISSN 0718-0543



MINISTERIO
PUBLICO
FISCALIA NACIONAL

Boletín del Ministerio Público

Nº 17 - Diciembre - 2003

Fiscal Nacional y Representante Legal :

Guillermo Piedrabuena Richard

Comité Editorial:

Luis Emilio Rojas Aguirre

Marta Herrera Seguel

Iván Fuenzalida Suárez

Colaboradores:

Andrea González Leiva

Sandra Luco Castro

Bibliotecaria Documentalista

Anriette Silva Fierro

Secretaria

El Boletín del Ministerio Público (ISSN N° 0718-0543) es una publicación de la División de Estudios de la Institución, cuyo primer número fue publicado en mayo de 2001. Durante su primer año de publicación, fue editado mensualmente. Durante el año 2002 lo fue cada dos meses y, en el 2003, el incremento del material de difusión generado por la Reforma, forzó su edición trimestral, para fortalecer la recopilación y selección del material a publicar. Contiene 1.- Jurisprudencia (fallos de Juzgados de Garantía, Tribunales del Juicio Oral en lo Penal, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema correspondientes al nuevo proceso penal); 2.- Comentarios de Jurisprudencia (artículos en que autores pertenecientes al Ministerio Público o externos analizan aspectos doctrinarios interesantes de fallos correspondientes al nuevo procedimiento penal); 3.- Artículos e Informes de autores pertenecientes al Ministerio Público o externos que analizan diversos temas de derecho, principalmente derecho penal y procesal penal, o se informa sobre distintos aspectos relativos a la reforma procesal penal; y 4.- Oficios e Instrucciones del Fiscal Nacional.

La División de Estudios agradece el envío de trabajos para ser publicados en el Boletín, tanto de profesionales pertenecientes al Ministerio Público como externos. Estos trabajos pueden consistir en Comentarios de Jurisprudencia; Artículos; Informes y Reseñas bibliográficas o legislativas.

El envío de trabajos para su publicación y toda solicitud de canje o donación del Boletín debe dirigirse al abogado de la División de Estudios, Iván Fuenzalida Suárez (Encargado del Boletín del Ministerio Público).

Dirección: General Mackenna 1369, 2° piso, Santiago, Chile.

E-mail: ifuenzalida@minpublico.cl

Teléfono: 870 52 46.

INDICE

	<u>Pág.</u>
PROLOGO	7
I. FALLOS	
Juzgados de Garantía	
Condena al acusado a la pena de doscientos días de presidio menor en su grado mínimo, multa de 5 UTM y accesorias legales como autor del delito de receptación de especies. <i>Juzgado de Garantía de Loncoche</i> , veintidós de abril de dos mil tres.	11
Condena al acusado a la pena de ciento un días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de robo con fuerza en lugar no habitado en grado de frustrado. <i>Juzgado de Garantía de Villarrica</i> , cinco de diciembre de dos mil dos.	19
Tribunal Oral en lo Penal	
Condena a la pena de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y al pago de las costas de la causa como autor del delito de lesiones menos graves. <i>Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique</i> , cuatro de Julio del año dos mil tres.	25
Condena a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y al pago de las costas de la causa como coautores del delito de robo con fuerza en lugar habitado en grado de tentado. <i>Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta</i> , quince de octubre de dos mil tres.	42
Condena a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de robo por sorpresa en grado de frustrado. <i>Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta</i> , ocho de noviembre del año dos mil tres.	59
Corte de Apelaciones	
Rechaza recurso de protección interpuesto contra el Ministerio Público por una presunta vulneración del derecho de propiedad respecto del cargo de Fiscal Adjunto. <i>Corte de Apelaciones de Santiago</i> , seis de octubre del dos mil tres.	75

Rechaza recurso de apelación interpuesto por la Defensa contra la resolución del Tribunal de Garantía de Cochrane que modificó las condiciones de la suspensión condicional del procedimiento. *Corte de Apelaciones de Coyhaique*, a diez de octubre de dos mil tres 84

Acoge recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía y la Defensa haciéndose lugar a la solicitud de suspensión condicional del procedimiento. *Corte de Apelaciones de Copiapó*, quince de octubre de dos mil tres. 90

Rechaza recurso de amparo interpuesto por la Defensa alegando una detención ilegal y una audiencia de control de detención llevada ante un Tribunal incompetente. *Corte de Apelaciones de Temuco*, veinticinco de octubre de dos mil tres. 97

Rechaza recurso de amparo interpuesto por la Defensa alegando una detención ilegal por falta de intimación. *Corte de Apelaciones de Talca*, a veintinueve de octubre de dos mil tres. 103

II. SENTENCIAS COMENTADAS

La Entrega Vigilada
Guillermo Ruiz Pulido 111

III. ARTÍCULOS

La Libertad de Información y la Reserva de Identidad de los Imputados. Informes en Derecho
Olga Feliú de Ortúzar 161

IV. OFICIOS E INSTRUCCIONES

OFICIO FN. N° 551 187
1. Conceptos generales sobre delitos funcionarios.
2. Comunicación al Consejo de Defensa del Estado.
3. Aplicación del principio de oportunidad y de medidas alternativas en la investigación de los delitos que afectan al patrimonio fiscal y en los imputados a empleados públicos en el desempeño de sus cargos o con ocasión de ellos.

OFICIO FN. N° 556 205
Facultad de los fiscales de no perseverar en el procedimiento, una vez cerrada la investigación

OFICIO FN N° 558 Amplía, rectifica y precisa alcance del Of. 407 de 25.09.01 sobre comparecencia de los fiscales a declarar como testigos.	218
OFICIO FN. N° 561 Amplía instrucciones respecto de la prueba anticipada, sea testimonial o pericial.	226
OFICIO FN N° 601 Orientaciones sobre la acción de revisión en el nuevo proceso penal.	235

PROLOGO

En el número anterior nos referimos a los cambios que previamente anunciamos en relación a este Boletín y que fueron postergados por las ineludibles urgencias a que el quehacer cotidiano nos enfrenta, lo que es particularmente evidente en una institución que, junto con el desarrollo de las tareas que le son propias, debe encargarse de su proceso de instalación, organización y consolidación. No obstante, hicimos presente que, más allá de estas salvedades, el boletín ha ido evolucionando y madurando, posibilitando mayores aportes al debate jurídico mediante la incorporación de nuevos contenidos

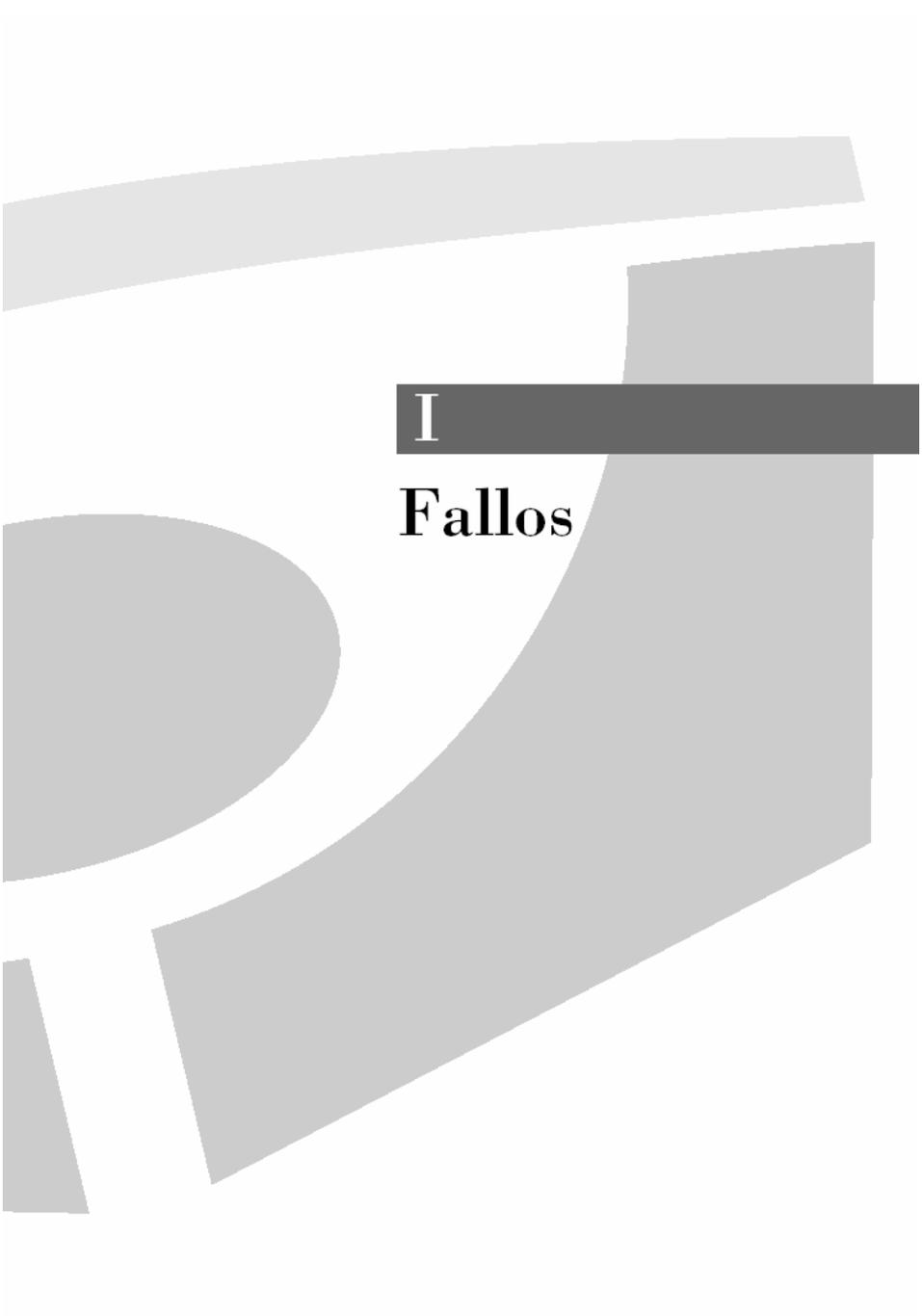
Un ejemplo de esto último los vemos en la presente edición, que incluye un comentario a un fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica que se pronunció críticamente respecto de una diligencia de entrega vigilada desarrollada durante la investigación de un delito de tráfico ilícito de droga. Se incluye, también, un informe en Derecho que aborda el aparente conflicto que se ha planteado recientemente entre la libertad de información y la reserva de la identidad de los imputados decretada en algunos procesos.

Como puede apreciarse, constituye parte importante de nuestras preocupaciones al editar esta publicación, el incluir temas relevantes que además formen parte del debate jurídico de actualidad, de modo que los aportes que se pretende efectuar no sólo sean útiles sino también oportunos.

Por último, destacamos que este número llega a los lectores provisto de un nuevo formato que –esperamos- facilite su lectura y su conservación.

Agradecemos, como siempre, los alentadores comentarios que se nos han hecho llegar y esperamos sus aportes.

Fiscalía Nacional del Ministerio Público

The image features a white background with several abstract grey shapes. At the top, there is a long, thin, slightly curved grey bar. Below it, on the left, is a semi-circular grey shape. To the right of this is a large, irregular grey shape that resembles a stylized letter 'R' or a similar form. A solid black horizontal bar is positioned across the middle of the page, partially overlapping the large grey shape. The letter 'I' is printed in white on this black bar. Below the black bar, the word 'Fallos' is written in a bold, black, serif font.

I
Fallos

JUZGADOS DE GARANTÍA

- Condena al acusado a la pena de doscientos días de presidio menor en su grado mínimo, multa de 5 UTM y accesorias legales como autor del delito de receptación de especies.

Tribunal: Juzgado de Garantía de Loncoche.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de receptación. El acusado reconoció cada uno de los hechos de la acusación, procediéndose conforme a las reglas del procedimiento abreviado. La Defensa solicitó el reconocimiento de la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, así como el beneficio de la remisión condicional de la pena. El Tribunal estimó configurado el delito con la prueba de la carpeta investigativa, con la salvedad de la declaración de un menor inculpado respecto del cual no constaba que se hubiera seguido el procedimiento correspondiente. Por otra parte rechazó la atenuante invocada, por cuanto al tiempo de delinquir había sido procesado en otra causa, y la atenuante en cuestión exige una persistente resistencia a cualquier tendencia criminal. Negó el beneficio de remitir la pena, porque al momento de fallar el inculpado se encontraba cumpliendo otra condena y no cumplía con los requisitos de la Ley 18.216. Finalmente, respecto al reproche de la Defensa a la Fiscalía por haber formalizado sólo contra su representado, el Tribunal destacó que la investigación penal es exclusiva del Ministerio Público, no correspondiéndole al tribunal pronunciarse sobre sus decisiones.

Texto completo:

LONCOCHE, veintidós de abril de dos mil tres.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que ante el Juzgado de Garantía de Loncoche, se ha tramitado el presente juicio, Ruc 0100034655-8, RIT 541/2002; según las normas del procedimiento abreviado de los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal. La intervención del Tribunal se inició con la solicitud de detención formulada el día 04 de julio de 2001, por el

Sr. Fiscal Local de Loncoche, don Patricio Cooper Monti y con la posterior audiencia de control de la legalidad de la detención y formalización de la investigación, realizada con fecha 04 de julio de 2001. En dicha oportunidad, el Ministerio Público comunicó formalmente que realizaba una investigación respecto del imputado VICENTE ANTONIO ROMERO LLANQUIMÁN, RUN 15.552.326-3, chileno, comerciante ambulante, 18 años de edad, soltero, domiciliado en Pasaje

Los Araucanos, Pasaje Galvarino N° 918 de la comuna de Loncoche. Desde las primeras diligencias realizadas en la causa el imputado individualizado fue asesorado y representado por abogados de la Defensoría Penal Pública y, en ésta oportunidad por el señor Alfredo Grandón Lagunas.

Víctima de los hechos es Octavio Vasquez Castro, domiciliado en José Miguel Carrera 132, comuna de Loncoche, quien no dedujo querrela por los hechos investigados.

SEGUNDO: Que la Fiscalía Local de Loncoche presentó acusación contra el imputado ya individualizado, el día 17 de marzo del presente año. En su presentación y como fundamento de la acusación, el Sr. Fiscal señaló los siguientes hechos: El día 03 de julio de 2001, a las 19:40 horas aproximadamente, el acusado procedió a vender un equipo musical marca KIOTO con dos parlante, un rack de madera color negro, un cargador de teléfono celular marca NOKIA, una chaqueta de cuero color negro sin marca y una carretilla metálica color verde con ruedas de goma. Las especies fueron vendidas a don Desiderio Humberto Campos Salinas, con domicilio en Campamento Las Lilas, Casa N° 11 de Loncoche. Las especies son producto de robo cometido en lugar habitado ocurrido un día antes, es decir, el día 02 de julio de 2001, en la casa habitación ubicada en calle José Miguel Carrera N° 132 de Loncoche, de propiedad de Octavio Vásquez Castro.

Por su parte, el acusado Vicente Antonio Romero Llanquimán, asesorado por su abogado defensor, reconoció expresa y claramente cada uno de los hechos previamente enunciados y los

antecedentes de la investigación en que se fundan, en audiencia celebrada ante este Tribunal con fecha 17 de abril del presente año, habiéndose comprobado por este Juez de Garantía, la ausencia de presiones dirigidas al imputado y su voluntad libre en el reconocimiento de los hechos referidos.

En la audiencia precitada, y existiendo acuerdo de los intervinientes este Tribunal procedió según las normas del juicio abreviado al cumplirse en tal sentido los requisitos que establece el artículo 410 del Código Procesal Penal;

El Sr. Fiscal señala que respecto de los hechos descritos precedentemente configuran el delito de receptación, previsto y sancionado en el artículo 456 Bis A del Código Penal.

Señala además que no concurren circunstancias de responsabilidad penal.

Finalmente, previa corrección de la pena en la audiencia de preparación del juicio oral, solicitó se condene al acusado Romero Llanquimán a una de pena privativa de libertad de 365 días de presidio menor en su grado medio y multa de 5 Unidades Tributaria Mensuales.

Por su parte, el Sr. Abogado defensor del acusado no controvertió el delito ni la participación en el hecho, solo señaló que concurre la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal y otras circunstancias que han de ser tomadas en cuenta al momento de determinar la pena a aplicar. Termina solicitando se conceda beneficio de la remisión condicional de la pena de acuerdo al artículo 4 de la Ley 18.216.

TERCERO: Que el Tribunal da por probados los siguientes hechos, en virtud del reconocimiento de ellos por el imputado y de los antecedentes de

investigación presentados al Tribunal por la Fiscalía, exhibidos oportunamente a la defensa: El día 03 de julio de 2001, a las 19:40 horas aproximadamente, el acusado procedió a vender un equipo musical marca KIOTO con dos parlante, un rack de madera color negro, un cargador de teléfono celular marca NOKIA, una chaqueta de cuero color negro sin marca y una carretilla metálica color verde con ruedas de goma. Las especies fueron vendidas a don Desiderio Humberto Campos Salinas, con domicilio en Campamento Las Lilas, Casa N° 11 de Loncoche. Las especies son producto de robo cometido en lugar habitado ocurrido un día antes, es decir el día 02 de julio de 2001, en la casa habitación ubicada en calle José Miguel Carrera N° 132 de Loncoche, de propiedad de Octavio Vásquez Castro.

CUARTO: Que la existencia de este hecho y la participación del acusado en los términos expuestos se tienen por probados, además del reconocimiento del imputado, por los siguientes antecedentes:

1) Parte N° 553 de fecha 04 de julio de 2001 de la Sexta Comisaría de Carabineros de Loncoche, donde consta la denuncia efectuada por don Octavio Vásquez Castro, por un robo ocurrido el día 02 de julio de 2001.

2) Parte detenidos N° 554, de fecha 04 de julio de 2001, donde se establece que Desiderio Campos Salinas se comunica con el Sargento Castillo, para informar sobre que las especies que tenía en su poder y que eran producto de un ilícito. Asimismo señala que el acusado junto a Rodrigo Santibáñez y un tal Echeverría fueron a su domicilio y le

ofrecieron las especies y habrían quedado en su casa.

3) Acta de reconocimiento de especies firmado por don Octavio Vásquez Castro, de fecha 04 de julio de 2001, donde la víctima reconoce las especies producto del robo.

4) Acta de incautación de especies de fecha 04 de julio de 2001, de la Sexta Comisaría de Loncoche, donde se establece que las especies fueron incautadas en el domicilio de Desiderio Campos Salinas.

5) Nueva acta de reconocimiento de la víctima ante el Ministerio Público, de fecha 16 de agosto de 2001 y Acta de entrega de especies a la víctima Octavio Vásquez Castro.

6) Formularios ininterrumpidos de cadena de custodia, donde se da cuenta de las incautaciones de las especies incautadas en casa de Desiderio Campos Salinas, fueron remitidas a la SIP y posteriormente a la Fiscalía de Loncoche, para ser entregadas a la víctima.

7) Declaración de Desiderio Campos Salinas ante el Ministerio Público, de fecha 07 de mayo de 2002, quien señala que el día 4 de julio a las 19:00 horas, llegó a su domicilio Toño (Antonio) Romero en compañía de dos sujetos, quienes portaban una carretilla, un equipo musical y sus parlantes, una rac de madera negro, un cargador de celular y una chaqueta de cuero, ofreciéndoles las primeras en \$40.000 y 5.000 respectivamente, dejando todas las especies en su casa a fin que el día siguiente firmaran un papel en notaría. Al día siguiente tomó conocimiento que las cosas eran robadas, sin embargo, Toño señaló que las cosas eran de su madre que se las había regalado. Agrega que

puso en conocimiento los hechos a Carabineros, quien luego con un tal Vasquez reconoció las especies como suyas.

8) Copia de fotografías de las especies sustraídas.

9) Extracto de filiación y antecedentes del acusado donde constan las condenas anteriores del Juzgado del Crimen y de Garantía de Loncoche,

10) Declaración Emelina Huentemilla Huichante, madre de la conviviente del acusado, quien declara que cuando le preguntaron al acusado sobre la procedencia de las especies este había dicho que esas especies se las había robado de la casa de Octavio Vásquez Castro junto con Echeverría y el "Rana" Rodrigo Santibáñez.

A partir de los hechos conocidos, ya expuestos, resulta posible presumir lógicamente de acuerdo con las máximas de la experiencia, como a continuación se explica, la efectividad que el acusado el día 3 de julio de 2001 aproximadamente, procedió a vender diversas especies muebles producto de un robo ocurrido un día anterior, sabiendo o no pudiendo saber el origen de éstas, por cuanto los hechos fundamentales de las presunciones son plenamente concordantes con los informes policiales, declaración de los testigos de cargo y prueba documental, todos analizados precedentemente y con el reconocimiento de los hechos por parte del acusado.

Al respecto cumple señalar que respecto de la prueba ofrecida por la Fiscalía y que consta en la carpeta investigativa consistente en declaración de Rodrigo Felidor Santana Santibáñez ante la Fiscal doña María Soledad Santana Cardemil y en presencia de un

funcionario de Carabineros, sin embargo, y siendo éste imputado en los hechos investigados, respecto del cual posteriormente se solicitó el discernimiento ante el Juzgado respectivo, no consta que previo a tomarse declaración se le hayan leídos sus derechos, entre ellos contar con un abogado para las primeras diligencias de la investigación y, por sobre todo, se le haya advertido a su derecho a guardar silencio y no autoincrimación, y que la declaración haya sido prestada libre e informada. La normativa procesal penal actual contempla tales supuestos a fin de asegurar el respeto de las garantías individuales de los ciudadanos, en la especie y, no habiéndose certeza de su cumplimiento efectivo no se dará valor alguno a dichas declaraciones.

QUINTO: Que, los hechos expuestos son constitutivos del delito de receptación de especies de acuerdo al artículo 456 bis A del Código Penal, toda vez, que ha resultado establecido que un sujeto vendió cosas muebles producto de un delito de robo con fuerza en las cosas ocurrido en perjuicio de Octavio Vasquez Castro, no pudiendo menos que conocer el origen de éstas.

La conducta típica consiste en comprar, vender o comercializar en cualquier forma especies hurtadas o robadas conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo.

Al respecto ha quedado acreditado que un sujeto vendió diversas especies robadas sabiendo que eran producto de un delito, el conocimiento del origen ilícito de las especies se establece en base a las declaraciones prestadas por Huentemilla Huichante quien señala que consultado el acusado señaló que las

especies habían sido robadas. Asimismo, lo expresado por Desiderio Campos Vásquez quien expone que consultó al acusado sobre los bienes que le ofrecía a la venta manifestando que eran de su propiedad y eran un regalo de su madre. Ambos testigos de oídas señalan lo manifestado por el acusado sobre las especies, declaraciones contradictorias entre sí y con el dominio acreditado de Octavio Vásquez Campos, antecedentes que sirven de base para presumir más allá de toda duda razonable que el acusado tenía conocimiento que las especies eran de procedencia ilícita.

SEXTO: Que no existen circunstancias que permitan exculpar legalmente al acusado de responsabilidad en los hechos analizados.

SEPTIMO: Que la defensa del acusado en la audiencia de procedimiento abreviado solicitó a favor de su representado que se le beneficie con la atenuante de responsabilidad establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, tener el acusado irreprochable conducta anterior. Señala que a la fecha del ilícito por el que se le acusa, no tenía su representado antecedentes anteriores, pues solo registraba una anotación con fecha 22 de enero de 2001 por el delito de robo con fuerza en las cosas del Juzgado del Crimen de Loncoche, sin embargo, no se acreditó por Fiscalía la fecha de comisión del ilícito y, aún así, el auto de procesamiento del sistema antiguo era de carácter provisional atendido la presunción de inocencia, por lo que a la fecha de comisión del ilícito no tenía antecedentes anteriores. Por otro lado las condenas posteriores en nada alteran lo señalado.

Asimismo y, no con el objeto de desvirtuar el hecho punible y la participación y solo para la determinación de la cuantía señala que la investigación fiscal adolece de una serie de vicios como es la declaración adjuntada del menor en la que en calidad de imputado no se le advirtió sobre su derecho a guardar silencio y a tener un abogado defensor penal, además de haber sido prestada ante un funcionario de Carabineros, lo que implica para un menor de edad una presión indebida.

Agrega que las declaraciones de Desiderio Humberto Campos Salinas carecen de imparcialidad, pues atendido como ocurrieron los hechos, este no pudo menos que saber que las especies que le fueron entregadas por el acusado, hayan sido producto de un ilícito, por lo que tiene un interés manifiesto en inculpar a Romero Llanquimán a fin de evadir la responsabilidad que le corresponde en los hechos investigados, toda vez, que debió haberse formalizado al igual que su representado. Asimismo, la Fiscalía no persiguió la responsabilidad del señor Echeverría, por lo que a su juicio, considera injusto solo condenar a una persona por el delito de receptación existiendo otras probables responsabilidades. Concurriendo una atenuante y ninguna agravante, y a fin de determinar la cuantía de la pena debe ser considerado por el Tribunal que las especies fueron recuperadas, que ellas no fueron tasadas por la Fiscalía, además de tenerse presente la carencia de imparcialidad de las declaraciones de cargo, debe aplicarse lo mínimo de la pena. Agrega que su defendido es candidato a un beneficio de la remisión condicional de la pena ya que se dan los

requisitos del artículo 4º de la Ley 18.216, toda vez que al momento de perpetrarse el ilícito no había sido condenado y que se cumplen la letra c) de la mencionada disposición, pues los antecedentes con que cuenta la Fiscalía no sirven para acreditarla.

La Fiscalía en la misma audiencia señala que durante la investigación se determinó que Desiderio Campos Salinas no actuó con dolo, pues entregó voluntariamente las especies, por lo que a su juicio no se dan los presupuestos del delito de receptación en su contra. Asimismo, existen otros antecedentes, además de la declaración antes mencionada igualmente relevante como es la de Emelina Huentemilla Huichante, la que tiene el carácter de objetiva de la cual se desprende el conocimiento que tenía el acusado de que las especies eran producto de un ilícito. Asimismo, señala que no corresponde la atenuante esgrimida ni los requisitos del artículo 4º letra c) y d) de la Ley 18.216.

OCTAVO: Que en cuanto a lo señalado por la Defensa en orden a la declaración del menor ha de estarse a lo resuelto en la parte final del considerando cuarto de ésta sentencia.

NOVENO: Que con relación a la negativa del señor Fiscal de iniciar persecución contra los señores Campos Salinas y Echeverría Curín, útil es recordar que la exclusividad de la investigación penal de los hechos constitutivos de delito y la determinación de la participación punible corresponde al Ministerio Público, siendo en este sentido soberano, no correspondiendo a este Tribunal pronunciarse sobre decisiones adoptadas por dicho organismo. Sin embargo, y solo con el fin de dejar

consignado, cumple señalar que el delito de receptación no se satisface con la sola voluntad o ánimo de entrar en contacto con la cosa hurtada o robada o recibirla, es necesario, como se dijo, una acción humana concreta, objetivamente y exteriorizada. Además a juicio de esta sentenciadora las circunstancias que rodearon la denuncia del señor Desiderio Campos, la comunicación oportuna que efectuó ante Carabineros, la entrega voluntaria de especies y demás colaboración prestada ante Ministerio Público, a lo menos vislumbran que su versión de los hechos resulta totalmente veraz e impresiona como imparcial en éstos, más cuando de los dichos de la Defensa el acusado tenía una relación cercana a él y no existen elementos que reflejen un animosidad en su contra y que las declaraciones prestadas hayan sido con la intención de perjudicarlos; en este sentido los antecedentes dados por la defensa en orden en desvirtuar la imparcialidad, falta de interés manifiesto y veracidad del testigo de cargo Desiderio Campos Valenzuela resultan insuficientes.

Por lo demás como lo señaló el señor Fiscal, existen una serie de antecedentes abundantes, suficientes y de tal entidad que dan por acreditado el hecho punible como la participación del acusado en éste.

DECIMO: Que respecto a la atenuante solicitada por la defensa se entiende que existe conducta anterior irreprochable de acuerdo al artículo 11 N°6 del Código Penal, cuando el sujeto no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, considerando para ello la comisión del ilícito, entendido como un requisito negativo, es decir, exento de tacha al momento de la perpetración del

ilícito. En efecto, el único medio para comprobar la existencia de un ilícito y es la sentencia condenatoria ejecutoriada que así lo determine, mientras ella no medie es susceptible de la atenuante señalada.

En efecto, consta del extracto de filiación acompañado por parte de la Fiscalía que al momento de la perpetración del ilícito no había sido condenado antes por crimen o simple delito, pues la anotación de auto de procesamiento tiene el carácter de esencialmente revocable. Sin perjuicio de lo señalado, y como lo señala la doctrina, específicamente Enrique Cury en Derecho Penal parte Genral "la irreprochabilidad debe juzgarse con un criterio relativo a las circunstancias personales del sujeto" y agrega "lo decisivo no es el hecho objetivo de no haber sido castigado penalmente hasta el presente, sino la perseverancia del delincuente para resistir a toda tendencia criminal". Al respecto y en base a los antecedentes personales del acusado, y sobre todo al hecho que fue condenado por el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado del Juzgado de Letras de Loncoche, por el mismo delito que a la perpetración del hecho de autos se encontraba procesado, y no habiéndose acreditado que la conducta social del acusado haya estado exenta de reproches, no se dará lugar a la atenuante solicitada.

UNDECIMO: Que ahora bien y, habiéndose establecido la existencia de la receptación y la participación del imputado, como lo exige dicha disposición legal, no se ha acompañado por parte del Ministerio Público antecedente alguno referido al valor de las especies. A saber, no existe en la carpeta investigativa

tasación de las especies, ni factura ni boleta que de cuenta de la compra de los bienes ni de su valor. En este mismo sentido, las especies no han sido presentadas al Tribunal para evaluar su estado y hacer una estimación de su valor, las copias de las fotografías tampoco sirven al efecto ya que no dan cuenta en forma cierta de ellas. Asimismo, el Ministerio Público tampoco efectuó una estimación respecto del valor de las especies. En consecuencia, considerando que el artículo 456 bis A inciso 2 del Código Penal se remite al valor de las especies para efectos de determinar la sanción aplicable, y no existiendo antecedentes que permitan estimar prudencialmente el valor de la cosa, corresponde tener por configurada la figura en su mínimo aplicable a los hechos de esta naturaleza.

DUODECIMO: Que no se cumplen en la especie los requisitos del artículo 4 de la Ley 18.216, toda vez, que consta en su extracto de filiación que el acusado ha sido previamente condenado por los delitos de robo y homicidio, debiendo en este sentido tomarse en cuenta para la determinación del señalado requisito el momento de dictar la sentencia, pues precisamente la suspensión condicional de la pena tiene su fundamento en evitar las consecuencias insatisfactorias de las penas privativas de libertad, lo que en la especie no ocurrirían, toda vez, que el acusado se encuentra actualmente cumpliendo condena por el delito de homicidio. Además no se cumpliría el numeral 3 del artículo mencionado pues a todas luces se desprende que los antecedentes personales del reo, quien registra dos condenas anteriores por los delitos de robo con fuerza en lugar no

- Condena al acusado a la pena de ciento un días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de robo con fuerza en lugar no habitado en grado de frustrado.

Tribunal: Juzgado de Garantía de Villarrica.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de robo con fuerza en lugar no habitado. Respecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, señaló que se debía aplicar el artículo 51 del Código Penal por el grado de ejecución que alcanzó el delito, así como la agravante de ser reincidente en delito de la misma especie. El acusado reconoció su responsabilidad en los hechos, procediéndose conforme a las reglas del procedimiento simplificado. La Defensa solicitó se le aplicara la pena que contempla el artículo 395 del Código Procesal Penal, así como que se le reconociera la concurrencia de la atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Penal. El Tribunal tuvo por acreditados el delito y la participación, acogiendo las circunstancias modificatorias alegadas por las partes. Sin embargo, rechazó la solicitud de la Defensa de aplicar sólo una pena de multa, por cuanto la norma del artículo 395 del Código Procesal Penal es una norma adjetiva y sólo resulta posible aplicar una pena única de multa para aquellas faltas o delitos que tienen dicha sanción como pena alternativa.

Texto completo:

AUDIENCIA
DE PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO
L.J.C.
(93298-4/1241-2002)

Villarrica, cinco de diciembre de dos mil dos, siendo las 09:30 horas, comparecen ante este Tribunal, presidido por el Magistrado don **MIGUEL GARCIA HERRERA**, La Fiscal doña **TATIANA ESQUIVEL LÓPEZ**, domiciliado en Pedro de Valdivia Nro. 09 de Villarrica; El imputado don **LUIS EDER PUENTES MILLAR**, Cédula de Identidad N°

16.205.110-5, domiciliado (a) en calle Anfión Muñoz N°1025 de Villarrica, quien es asistido por su abogado Defensor Penal Público doña **LUCY CATALÁN MARDONES**; domiciliado en Camilo Henríquez N°301, Oficina N°402 de Villarrica.

El tribunal, conforme lo dispone el artículo 394 del Código Procesal Penal, procede a hacer una breve exposición del requerimiento presentado por la Fiscalía Local, en contra de don Luis Eder Puentes Millar.

Acto seguido, **El tribunal** consulta al imputado si reconoce

responsabilidad en los hechos que se han dado a conocer en esta audiencia, y le advierte que en caso de hacerlo, podría ser condenado a una pena privativa de libertad, si existen antecedentes calificados que lo justifiquen, explicando las penas con que la Ley sanciona el delito de robo con fuerza en lugar no habitado.

El imputado, manifiesta que sí reconoce participación en los hechos, ya que efectivamente así ocurrieron.

El Tribunal propone abrir debate respecto a los beneficios de la Ley 18.216 y de cualquier otra petición que se quisiera hacer.

La defensa (min.06:29) señala que atendido el hecho de que su cliente ha reconocido responsabilidad en los hechos, renunciando a su derecho a juicio, solicita al Tribunal se le imponga la pena contenida en el artículo 395 del Código Procesal Penal, ésto es, aplicar únicamente pena de prisión. Además, en atención a que la madrastra de su cliente, doña María Inés Aravena Escobar, pagó a la víctima la suma de \$10.000 en la Defensoría Local, hecho que consta en la propia declaración que la Sra. Aravena efectuó en la Fiscalía Local, se constituye la atenuante prevista en el artículo 11 N° 7 del Código Penal, esto es, reparar con celo el mal causado, y por tanto, la pena a imponer correspondería a la de presidio menor en su grado mínimo. Finalmente, solicita tener presente la atenuante ya señalada, así como también los días que su cliente estuvo privado de libertad, aproximadamente 3 meses, y el que no podrá acceder a beneficio alguno en caso de ser condenado.

La fiscal (min.08:26) señala en relación al artículo 395 del C.P.P., que el Tribunal debe aplicar la pena que la Ley establece, y por tanto, no está de acuerdo, haciendo presente que al requerido le afecta la circunstancia agravante de responsabilidad penal, la que eventualmente se podría compensar con la circunstancia atenuante que alega la defensa, y por tanto, el marco de pena sería el de presidio en su grado mínimo en toda su extensión.

Respecto de beneficios, efectivamente el requerido no sería acreedor de beneficio alguno. Acto seguido, procede a exhibir fotocopia simple de certificado de cumplimiento de condenas del requerido emitido por Gendarmería de Chile con fecha 20 de septiembre de 2002, y fotocopia de la declaración de doña María Inés Aravena Escobar ante la Fiscalía Local con fecha 11 de noviembre del año en curso, para ser acompañadas a la carpeta judicial.

El tribunal, téngase por acompañados los documentos.

La defensa reitera lo dicho, solicitando al Tribunal que se dé por computada la pena.

La fiscal, nada que agregar.

El tribunal declara cerrado el debate y decreta un breve receso para la posterior lectura de Sentencia.

Villarrica, cinco de diciembre de dos mil dos.

VISTOS.

1.- Que ante este Tribunal de Garantía de Villarrica el fiscal don Francisco Ljubetic Romero ha presentado requerimiento en contra de **LUIS EDER PUENTES MILLAR,**

Cédula Nacional de Identidad N°16.205.110-5, chileno, soltero, actualmente recluso en el Centro de Detención Preventiva de Villarrica, asistido por su apoderado doña Lucy Catalán Mardones, por su responsabilidad en calidad de autor del delito de robo con fuerza en lugar no habitado, contemplado en los artículos 432 y 442 N° 1 del Código Penal, con fundamento en que el día 03 de agosto del año en curso, aproximadamente a las 05:00 horas, el acusado en compañía de otras personas se concertó para robar desde un local comercial Mini Market, ubicado en calle Saturnino Epulef N°326 de esta ciudad, esquina Sargento Aldea, (costado nororiente). Uno de ellos procedió a cortar un candado de protección de una reja metálica exterior, para luego ingresar a una especie de terraza que separa del acceso al local. Cuando se ejecutaba esta acción y ya fracturado el candado protector, fueron sorprendidos por personal policial, los que habían sido alertados momentos antes por testigos, huyendo del lugar, y lográndose la detención del acusado.

En atención a los antecedentes personales y circunstancias modificatorias concurrentes, esto es, en concepto del requirente, respecto del acusado concurre la rebaja de grado que contempla el artículo 51 del Código Penal, por la ejecución frustrada de la acción típica, y la circunstancia agravante de responsabilidad criminal del artículo 12 N°16, agravante propia específica, esto es, ser reincidente en delito de la misma especie, al registrar tres condenas impuestas en Causa Rol 47.195 del Tercer Juzgado del Crimen

de Temuco, en calidad de autor de robo con intimidación, robo con fuerza en bienes nacionales de uso público y lesiones menos graves, penas cumplidas con fecha 03 de abril de presente, conforme lo acredita el C.D.P. de Villarrica. Además, atento al artículo 68 del mismo código, la aplicación de la pena debe ser en la mitad más alta del grado, esto es, en su máximo. Se pide aplicar al acusado la pena de 301 días de presidio menor en su grado mínimo, más las penas accesorias que correspondan, y costas.

Funda su requerimiento en las declaraciones de los funcionarios policiales, testigos de los hechos, señores José Yévenes Chávez, Sargento 2°; Emilio Huinca Bahamondes, Cabo 1° y Claudio Olivares Mora, Carabinero, de la 7ma. Comisaría de Villarrica, domiciliados en calle Matta N°230 de Villarrica; que adoptaron el procedimiento; Declaraciones de don Ernesto Abel Díaz Díaz, mecánico, doña Patricia Marcos Villalobos, empleada, y Roberto González Espinoza, comerciante. Además, Set Fotográfico compuesto de 9 fotografías del inmueble afectado (Mini Market) y de la intersección de las calles Epulef con Sargento Aldea de Villarrica; Copia fotostática de Extracto de Filiación y Antecedentes del requerido; Copia de la sentencia condenatoria dictada en la causa Rol 47.195, del Tercer Juzgado del Crimen de Temuco, con certificación de ejecutoria; y Oficio N°1497-02 del C.D.P. de Villarrica sobre cumplimiento de condena. Como otros medios se cuenta con un candado marca "Lioi Gold Peak" cortado, y su cadena de custodia;

un destornillador de paleta de 32 cms. de largo, empuñadura color amarillo, y su cadena de custodia.

2.- Que, en audiencia que se llevó a efecto el imputado reconoció su responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento, habiéndosele advertido previamente, en conformidad al artículo 395 del Código Procesal Penal que en dicho evento el Tribunal podría aplicarle una pena privativa o restrictiva de libertad, indicándole el Tribunal las penas con que sanciona la Ley el delito de robo con fuerza en lugar no habitado.

3. Que de conformidad a lo expuesto precedentemente, se tendrá por acreditado los hechos contenidos en el requerimiento que tipifican el ilícito previsto y sancionado en el artículo 432 442 N°1 del Código Penal, éste es, que el día 03 de agosto del año en curso, aproximadamente a las 05:00 horas, el acusado en compañía de otras personas se concertó para robar desde un local comercial Mini Market, ubicado en calle Saturnino Epulef N°326 de esta ciudad, esquina Sargento Aldea, (costado nororiental). Uno de ellos procedió a cortar un candado de protección de una reja metálica exterior, para luego ingresar a una especie de terraza interior que separa del acceso al local. Cuando se ejecutaba esta acción y ya fracturado el candado protector, fueron sorprendidos por personal policial, los que habían sido alertados momentos antes por testigos, huyendo del lugar, y lográndose la detención del acusado. Lo anterior, constituye el delito de robo con fuerza en lugar no habitado, estableciéndose la participación del requerido como autor

del citado ilícito, en base a los mismos antecedentes reseñados, más su aceptación de responsabilidad.

4. Que, en referente a la determinación de la pena, debe considerarse que el Sr. Fiscal requirió al imputado de conformidad a las normas del procedimiento simplificado contenidas en los artículos 388 y siguientes del Código de Procesal Penal, señalando la pena que solicitaba se impusiera al imputado. De acuerdo a la ritualidad procesal y cumpliendo con el mandato del artículo 395 del código de enjuiciamiento criminal, el tribunal preguntó al imputado si admitía responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento, indicándole cuáles eran las penas con que la ley sanciona el delito de robo con fuerza en lugar no habitado y advirtiéndole la posibilidad de ser objeto de la imposición de una pena privativa de libertad, ante lo cual éste sin presiones y libremente admitió su responsabilidad en los hechos.

5.- Que el artículo 395 del Código Procesal Penal es una norma "ordenatio litis" y no "decisoria litis". Pues ella es una disposición adjetiva y no una substantiva que contenga una derogación de los tipos penales a los cuales haya de aplicarse, debiendo entenderse que la facultad que ella entrega para condenar a una pena de multa cuando el imputado confiesa su participación, es aplicable solamente a las faltas o infracciones delictuales o cuasi delictuales que contengan como sanción la multa como pena alternativa, pero no cuando la multa u otras penas accesorias sean copulativas respecto de una pena privativa de libertad de

aquellos simples delitos, que como en el caso de autos, el Ministerio Público requiriese la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menor en su grado mínimo.

6.- Que, así las cosas, el imputado al aceptar su responsabilidad lo hizo con pleno conocimiento de las posibles sanciones que este tribunal podría imponerle, no quedando limitada la pena privativa de libertad a la de prisión, ya que tal interpretación llevaría indefectiblemente a la pérdida del estado de derecho, pues permitirá que por la sola confesión por el imputado de su participación en un hecho constitutivo de delito y que lleva aparejada pérdida de la libertad, la pena que se aplicará será sólo de multa, con lo cual se está derogando de facto toda la legislación penal substantiva.

7.- Que, el delito de robo con fuerza en lugar no habitado se encuentra sancionado con presidio menor en sus grados medio a máximo, siempre que concurra alguna circunstancia agravante de las previstas en el artículo 442 del Código Penal. En este caso la N°1, Escalamiento. Atento a que el delito se encontraría frustrado por mandato del artículo 51, deberá imponérsele la pena inmediatamente inferior al grado ya señalado, es decir, presidio menor en su grado mínimo, y es en tal grado que conforme al artículo 67 del Código Penal, se produce la compensación entre la agravante de reincidencia específica del artículo 12 numeral 16, acreditado por certificado de cumplimiento de pena de Gendarmería de Chile, de fecha 20 de septiembre de 2002, Oficio N°1497, y que da cuenta del cumplimiento con

fecha 03 de abril del año en curso, de la sentencia impuesta en causa Rol N°47.195 del Tercer Juzgado del Crimen de Temuco, de tres años y un día, sesenta y un días, y cuarenta y un días en los delitos de robo con intimidación, robo con fuerza, y lesiones, respectivamente; Y por otro lado, la atenuante del artículo 11 N°7, esto es, reparar con celo el mal causado, denotada en este caso, por la entrega de la suma de \$10.000 con fecha 11 de noviembre del presente a la víctima del delito investigado.

Por estas consideraciones y teniendo presente además lo dispuesto en los artículos 1, 14, 30, 50, 67, 432, 442 N° 1 del Código Penal, y 342, 388, 393, 394 y 395 del Código Procesal Penal, y la Ley 18.216 se declara:

I.- Que se condena a don **LUIS EDER PUENTES MILLAR**, ya individualizado como autor del delito de robo con fuerza en lugar no habitado en grado frustrado, ocurrido el 03 de agosto del 2002 en la ciudad de Villarrica, a sufrir la pena de ciento un días de presidio menor en su grado mínimo, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo que dure la condena, más las costas.

II.- Que, por improcedente no se le otorga beneficio alguno de los previstos en la Ley 18.216.

III.- Que, la pena impuesta de ciento un días deberá darse por cumplida, atento al igual tiempo privado de libertad en esta causa, esto es, por los 88 días que mediaron entre el 16 de agosto, fecha de su detención y el 11 de noviembre, fecha de su sustitución de cautelar; y los 13 días que separa el 23 de noviembre, nuevamente ingresado en calidad de

preso preventivo al día 05 de diciembre del actual.

Conforme a lo anterior, Dése inmediata Orden de Libertad en favor de don Luis Eder Puentes Millar.

Anótese, Regístrese y ejecutoriada, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.
RUC N°200093298-4

RIT N° 1241-2002.-

Con lo que se pone término a la audiencia, siendo las 10:25 horas.

Dictado por don **MIGUEL GARCIA HERRERA**, Juez de Garantía Titular de Villarrica. Autoriza don Christian Fuentes Chamorro, Ministro de Fe del Tribunal.

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL

- Condena a la pena de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y al pago de las costas de la causa como autor del delito de lesiones menos graves.

Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de homicidio en grado de frustrado. Señaló que le beneficiaba la atenuante del artículo 11 N° 6, pero que al tenor del informe presentencial no podía ser beneficiario de un cumplimiento alternativo de condena. La Defensa sostuvo que su representado debía ser absuelto del delito de homicidio, por cuanto faltó el animus necandi. En efecto, el acusado no concretó una acción de matar en la tercera agresión a la víctima, limitándose a golpearlo, y las lesiones fueron de mediana gravedad. Alegó, además, la concurrencia de las atenuantes del artículo 11 N° 5 y 6 del Código Penal. El Tribunal declaró, basándose en las heridas inferidas, que efectivamente no era posible afirmar que el acusado actuara con un dolo homicida directo, haciendo un largo y detenido análisis tanto del tipo como de los dolos y resultados efectivos. Respecto de las atenuantes alegadas, acogió la del artículo 11 N° 6 del Código Penal, no así la del N° 5. Ello porque no se acreditaron los hechos que la sustentarían, y porque al haber estado bajo los efectos del alcohol, en ningún caso fue un arrebató natural. Finalmente, negó el beneficio de un cumplimiento alternativo de la condena atendido lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 18.216.

Texto completo:

Coyhaique, cuatro de Julio del año dos mil tres.

Vistos, oído y considerando:

PRIMERO: Que, con fecha veintiocho de junio del año dos mil tres, ante esta Única Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Coyhaique, constituida por el Juez Presidente de Sala don Pedro Alejandro Castro Espinoza y los Jueces don Luis

Rolando del Río Moncada y don Eduardo Jorge Camus Mesa, se llevó a efecto la audiencia del Juicio Oral relativa a los autos Rol Unico N° 0300000171-5, Rol Interno N° 03-2003, en el lugar asiento del Tribunal de Letras y Garantía de Puerto Cisnes, ubicado en dicha ciudad, calle Carlos Condell N° 381, esquina Pozo Almonte, Cisne Alto, atendido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 281 del Código Procesal Penal y artículos 312 y 21 A,

del Código Orgánico de Tribunales, seguido contra **José Manuel Muñoz Vargas**, chileno, cédula de identidad N° 13.410.230-6, de 24 años de edad, pescador, domiciliado en Aguada de Dolores s/n°, Puerto Cisnes.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, representado en la oportunidad por el Fiscal don Francisco Ortega Acevedo, el Fiscal Adjunto don Andrés Cruz Carrasco y el Fiscal Regional don Arturo Ramírez Cerda, todos domiciliados en calle Gabriela Mistral N° 840-A, Puerto Cisnes.

La defensa del acusado estuvo a cargo de la Defensora Penal Pública doña Ximena Gutiérrez Jaramillo y el Defensor Penal Regional don Erwin Newmann Montecinos, ambos domiciliados en calle Gabriela Mistral, esquina 21 de Mayo, casa 6, Puerto Cisnes.

SEGUNDO: Que, los hechos materia de la acusación, según el auto de apertura del juicio oral, consisten en que el primero de enero del año dos mil tres, alrededor de las veinte horas, la víctima del delito, Patricio Wladimir Ugaz Nallar de solo 15 años de edad, junto a un grupo de amigos venían de regreso de una tarde de recreación en la playa que se encuentra en las afueras de Puerto Cisnes, encontrándose con el imputado José Manuel Muñoz Vargas, de 24 años de edad, el que estaba acompañado con otros sujetos en la playa de dicha localidad, cuando este último y sin mediar provocación alguna por parte del menor víctima del delito ni de sus acompañantes, procedió a interceptarlos portando un cuchillo preguntándoles en tono desafiante si

querían "bailar", realizando movimientos zigzagueantes con el arma blanca, para posteriormente comenzar a lanzar algunas estocadas a la víctima y a sus acompañantes.

La víctima ya señalada, ante ese ambiente de confusión y temor emprendió la huida y al arrancar rápidamente perdió una de sus zapatillas, retornando en su búsqueda oportunidad en que fue interceptado por el imputado quién poniendo de su parte todo lo necesario para la consumación del delito, le propinó con el cuchillo que portaba dos selectivas puñaladas que le provocaron heridas corto punzantes, la primera en la pierna izquierda sector suprapatelar, con compromiso de extenso tejido muscular y significativas lesiones vasculares y la otra en el pecho, en el área esternal, sector precordial (cardíaco) a milímetros del cuarto espacio intercostal izquierdo bajo el cual se haya el ventrículo derecho del corazón, ambas heridas propinadas, con claro ánimo homicida, atendido particularmente la zona del cuerpo a la que se dirigieron las agresiones, por lo que solo fortuitamente, por causas ajenas a la voluntad del autor, no penetró la cavidad torácica con la consecuente perforación cardíaca lo que sumado a la oportuna intervención médica efectuada al ofendido, evitaron el desenlace fatal.

Por esos hechos, el Ministerio Público solicitó que se condenara al imputado ya individualizado a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales, la pérdida del instrumento con que se ejecutó el delito y costas, como autor ejecutor directo del delito de homicidio

en grado de frustrado, tipificado en el artículo 391 N° 2, del Código Penal, en relación con el artículo 7 del mismo cuerpo legal, en la persona de Patricio Wladimir Ugaz Nallar, haciendo presente que en todo caso, le favorece la atenuante de su irreprochable conducta anterior prevista en el artículo 11 N° 6, del Código Punitivo, sin que pueda concedérsele ninguno de los beneficios de la Ley N° 18.216, considerando el contenido del informe presentencial.

La defensa contestando la acusación deducida en contra del imputado solicitó tanto en los alegatos de apertura como de clausura que se le absolviera por el delito de homicidio frustrado por cuanto no existió de su parte *ánimus necandi* argumentando que lo que no existe no se puede probar, no hubo intención de causar la muerte, tuvo la oportunidad de hacerlo y no lo concretizó en la tercera oportunidad en que fue a agredir a la víctima, limitándose a propinarle un golpe de puño. Las lesiones no son mortales y según los peritos son de mediana gravedad, descritas en el artículo 399 del Código Penal, favoreciéndole además las atenuantes del artículo 11 N° 5 y 11N° 6 del Código ya señalado, consistentes en la de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente le hayan producido arrebató y obcecación, y haciendo citas jurisprudenciales en cuanto requiere una especial alteración anímica de acuerdo a un hombre medio, entendiendo por arrebató como la vehemencia de una pasión y por obcecación la conciencia de un estado latente que produce ofuscación, así como que la conducta

anterior del procesado ha sido irreprochable, la que estaría acreditada mediante convención probatoria.

TERCERO: Que, son hechos no controvertidos en el juicio, por haber sido materia de Convenciones Probatorias, de conformidad con el artículo 275, del Código Procesal Penal, las siguientes:

1°.- Que el imputado José Manuel Muñoz Vargas, no registra anotaciones pretéritas en su extracto de filiación.

2°.- Que la víctima Patricio Wladimir Ugaz Nallar, nació el día once de enero de mil novecientos ochenta y siete, en la ciudad de Puerto Montt y sus padres son Juan Ovidio Ugaz y Graciela del Carmen Nallar Velásquez.

3°.- Que el día dos de enero del año dos mil tres, aproximadamente a las cero treinta horas en la intersección de calle Hernando de Magallanes y Santiago Amengual, se detuvo al imputado por los funcionarios aprehensores Sargento 2° don Hernán Uribe Ortega y el Cabo 2° don Pedro Morales Sanhueza, ambos funcionarios de Carabineros de Chile. Que la detención se practicó por orden judicial y que en esa ocasión el imputado hizo entrega voluntaria de un arma blanca que portaba, que no presentaba restos de sangre y de un papel que hacía las veces de funda de la misma arma blanca que tenía la inscripción "Hoja de Buceo" y presentaba manchas correspondientes a sangre de un individuo de sexo masculino, según arrojó la respectiva pericia química, en cantidad tal que no permitió realizar análisis de ADN. Ambas especies se

mantuvieron hasta la fecha con una cadena de custodia regular.

CUARTO: Que, para acreditar los restantes elementos del ilícito penal materia de la acusación, el Ministerio Público rindió las siguientes probanzas:

Testimonial:

1.- Los dichos de Patricio Wladimir Ugaz Nallar, víctima, de 16 años de edad, estudiante quien declaró que el día primero de enero del año dos mil tres en la playa de Puerto Cisnes fue apuñalado por el acusado José Manuel Muñoz Vargas, cuando volvían de un paseo realizado en la playa con un grupo de amigos compuesto por unas cinco o seis personas el que estaba integrado por su hermano Alejandro Esteban Ugaz Nallar, Eduardo Velásquez, Edilio Díaz, Javier Alejandro Carrillo Muñoz y él. Se encontraron con otro grupo al que no conocían, conformado por cuatro individuos compuesto por Julio Torres, uno de pelo largo y otro de pelo corto, frente a las cabañas de los Suazo, el que comenzó a molestar a su amigo Eugenio Vidal. En ese momento llegó el acusado el que les preguntó si querían bailar. Sacó un cuchillo y tiró unos cortes en sentido semicircular ante lo cual ellos arrancaron. Como se le salió una zapatilla volvió a buscarla, diciéndoles que porqué lo atacaban si no había hecho nada malo. Se puso a llorar, no obstante lo cual el acusado le tiró una puñalada en la pierna izquierda y otra en el sector cardíaco, en ambas ocasiones con fuerza y después le dio un combo, sacándole Julio Torres de ese lugar. El arma con que fue agredido era un cuchillo cocinero, con cacha de madera, de uno quince centímetros,

teniendo la parte de la hoja unos diez centímetros y la cacha unos cinco centímetros. Llegó su hermano Alejandro, preguntándole qué le había pasado, contestándole que lo habían apuñalado, llevándolo de inmediato al Hospital con Eduardo Velásquez, ya que se sentía mal por cuanto perdía mucha sangre. En dicho lugar fue atendido por el doctor Aguilar, el que le curó ambas heridas, haciéndole puntos tanto al interior como al exterior de la pierna, mientras que en el pecho le efectuaron un punto, sanando de la lesión de la pierna en un mes aproximadamente y la del tórax en unos quince días. Agrega que conocía a la polola del acusado Andrea Martínez, a la que ubicaba por cuanto habían sido compañeros de curso, aunque el día de los hechos no la vio.

2.- Alejandro Esteban Ugaz Nallar, desempleado, el que indica que es hermano de la víctima y que el día primero de enero del año dos mil tres, venía caminando con un grupo de amigos, entre los que se encontraban Eduardo Velásquez, Eugenio Díaz, Javier Carrillo, él y su hermano Patricio, frente a unas cabañas en la costanera después de un paseo de verano, cuando llegaron los que iban a cometer el delito, reconociendo al acusado, a Julio Torres y a otros que no ubica. El imputado sacó de la espalda un cuchillo empezando a correr cortes a sus amigos, dando un raspón a uno de ellos, a Javier Carrillo. Cuando José Muñoz empezó a dar los cortes, todos se arrancaron. Como su hermano se quedó atrás, observó que se le acercó sangrando por unas heridas producidas en la pierna y en el pecho causadas por

un cuchillo que portaba el acusado en su mano derecha, el cual trató además de golpearlo no obstante de estar lesionado, tratando de detenerlo Julio Torres. Con Eduardo Velásquez lo llevan colgando entre los dos al Hospital, dejándolo en manos de una enfermera. Termina señalando que no vio cuando le lanzaron los cortes a su hermano, pero sí cuando lo golpearon.

3.- Javier Alejandro Carrillo Muñoz, obrero, expresa que el día primero de enero del año dos mil tres, como a las ocho horas de la tarde venían de regreso de la playa con la víctima, su hermano Alexandro y otros compañeros de Patricio Ugaz, cuando frente a la casa de los Suazo se les acercaron cuatro personas los que agarraron a Eugenio, pegándole. Uno de ellos el Chicho (acusado), que venía sin camiseta, se llevó la mano hacia atrás preguntándole si querían bailar, sacó un cuchillo y con él le dio un raspón. Se le exhibe el cuchillo señalando que fue con él con que lo cortaron realizando el imputado con dicha arma un movimiento semicircular. Cuando tiró los cortes todos arrancaron con Patricio hacia la playa ya que los lanzaba sin importar a quien, volviendo la víctima por cuanto se le había quedado una zapatilla, ocasión en que Muñoz, le dio dos puntazos hacia delante, uno en la pierna y otro en el pecho lo que observó ya que estaba a unos treinta metros del lesionado. Ante ello corrió hasta la pesquera Yadrán, lugar en el que trabaja diciéndole al guardia que llamara a Carabineros. Después vio que traían al ofendido abrazado ya que estaba bastante mal, por cuanto perdía mucha sangre.

4.- Cristian Suazo Chacón, empleado, indicó que el hecho ocurrió el día primero de enero del año dos mil tres, cerca de las diecisiete horas. En ese momento se encontraba frente a la cabaña de los Suazo, cuando entre las diecisiete y dieciocho horas se produjo una pelea. Observó que se encontraban Julio Torres con una mujer y el Chicho Muñoz, golpeando a una persona. Luego este grupo se enfrentó a otro conformado por jóvenes. Vio desde el segundo piso de su casa que, dos personas perseguían a un joven, uno de los cuales era el Chicho Muñoz, el que sacó un cuchillo pegándole a este en la pierna, siendo ayudado posteriormente por el ya mencionado Julio Torres.

5.- Leslie Carol Suazo Chacón, dueña de casa, la que expresa que los hechos ocurrieron el primero de enero del año dos mil tres, como a las dieciocho horas, encontrándose en la casa de sus padres, frente a la playa, observando que hubo una pelea entre un grupo de jóvenes que se encontraban en un bote y otra persona que daba golpes, como patadas, que tenía el dorso descubierto. Este grupo de jóvenes empiezan a pelear por lo que llama a Carabineros. Vio que uno de los muchachos corría, siendo perseguido por un sujeto que portaba un cuchillo, hiriéndole en el muslo, teniendo en el pantalón en ese lugar, una rasgadura con sangre, siendo acompañado por otro joven.

6.- José Felix Herrera Duamante, pescador, el que expresa que el día primero de enero del año dos mil tres, en la playa de Puerto Cisnes, como a las diecisiete horas frente a la cabaña de los Suazo, se encontraba

bebiendo con unos amigos, los que se fueron y se encontró con el Chicho, al que conoció en ese momento, esto es a José Muñoz, a Julio Torres y a la Andrea (Ursula Andrea Martínez Arteaga) que es la "polola" del acusado y tomaron unas cervezas, cuando esta última dijo que le habían pegado. Pasó un grupo de cabros que venían de vuelta de la playa y aunque la Andrea, le dijo a su pololo que no eran los que la habían golpeado, igual empezó a pegarles y le dio un corte a un cabro que tenía unos trece años, en la pierna, el que salió arrancando igual que los demás, siendo perseguidos por José Muñoz, diciéndole que lo iba a matar.

7.- Samuel Eduardo Hernández Torres, empleado, el que expone que el primero de enero del año dos mil tres, fue agredido el menor Patricio Ugaz. Se encontraba en la playa, habiendo transcurrido unas cuatro o cinco horas escuchando música y tomando cerveza con José Muñoz, Julio Torres, José Herrera, Gerardo y la Andrea, esta última es la polola del acusado desde hace un año a lo menos, la que tuvo un problema donde trabajaba, diciéndoselo al Chicho el que arremetió contra un grupo de jóvenes, alcanzando a ver que hizo un gesto para lesionar a uno de ellos con un cuchillo, haciendo un movimiento semicircular. Una vez que ocurrieron los hechos observó que pasaron unos jóvenes corriendo, llevando su primo Julio Torres, abrazado a un menor que sollozaba ya que tenía un pierna con sangre. José Muñoz intentó nuevamente agredir a este joven, poniéndose su primo por delante a objeto de que no fuera nuevamente lesionado.

Pericial:

También el Ministerio Público aportó las siguientes pericias:

Declaración de los peritos Miguel Angel Aguilar Luco, Médico Cirujano, Director del Hospital de Puerto Cisnes, Perito Médico Legista Ad-Hoc y Jaime Arturo Ceballos Vergara, Médico Cirujano, especialista en Medicina Legal, funcionario del Servicio Médico Legal, manifestando, don Miguel Angel Aguilar Luco que, el primero de enero del año dos mil tres, se encontraba de turno en el Hospital de Puerto Cisnes, cuando aproximadamente a las ocho treinta de la tarde ingresó al Servicio de Urgencia del Hospital de Puerto Cisnes, un paciente acompañado de dos personas que le asistían en su movilización, con claros signos de pérdida de hemorragia. Procedió a atenderlo y asistirlo, percatándose que tenía el blue jeans empapado en sangre. Le sacó el blue jeans, dándose cuenta que tenía una herida cortopunzante suprapatelar, esto es, sobre la patela o rótula de la pierna, hacia el lado lateral, hacia afuera, de aproximadamente cuatro a cinco centímetros con dos o tres centímetros, tres centímetros de profundidad, que comprometía el músculo en forma extensa y compromiso de estructuras vasculares significativas, lo que significa que habían estructuras vasculares de tipo venosos y arterial. Existía un sangramiento de tipo arterial, que se evidenció claramente por el tipo de sangramiento debido que al descubrir la herida, salió disparado un chorro de sangre, cuya frecuencia correspondía a la frecuencia cardíaca. Al percatarse de que esa era la lesión más grave,

procedió a suturarla, en forma hemostática para evitar la hemorragia, en dos planos, uno profundo con dos puntos hemostáticos que son puntos cruzados para evitar la hemorragia y cohibir el sangramiento y posteriormente una sutura en dos planos hasta llegar a la piel. Posteriormente, se dio cuenta de que el paciente presentaba, además, una herida punzo punzante (sic) en la zona esternal, refiriéndose a la zona precordial del esternón a nivel del cuarto espacio intercostal, en la línea paraesternal de aproximadamente de un centímetro de longitud por un centímetro de profundidad a la exploración digital de su dedo meñique, llegando al hueso, procediendo también a la sutura de esta herida la que fue sencilla. En un plano posterior el paciente realizó una convulsión, supuestamente epiléptica, por lo que está en estudio por un trastorno convulsivo o por un síndrome convulsivo que, podría ser una epilepsia, aunque todavía no se evidencia clínicamente. Como consecuencia de ello, hospitalizó al paciente por esa noche y al otro día lo dio de alta. Termina señalando que aunque no hizo un informe de término de lesiones, estimó que la lesión suprapatelar, por el compromiso muscular, pudiera sanar en más de treinta días y por eso la catalogó como grave y la lesión preesternal, era muy pequeña, de un centímetro con uno o dos puntos, de carácter leve, por cuanto iba a sanar en un plazo menor de quince días. Preguntado sobre este tema por uno de los magistrados sostiene que la herida de la pierna le produjo al lesionado una incapacidad laboral de unos veinte días, período de

tiempo que se necesita para que el músculo suture y quede completamente bien. Aclaró que la herida no refleja la intención que tenía la persona que se la infirió.

Por su parte el doctor Ceballos sostuvo, en síntesis, que su peritaje era un ampliación solicitada por la Fiscalía, al realizado por el Médico Cirujano de Puerto Cisnes, don Miguel Angel Luco, el que llevó a efecto el día cuatro de abril del año en curso en el Servicio Médico Legal de Coyhaique, evaluando por orden de la Fiscalía de Puerto Cisnes, a un joven que se llamaba Patricio Ugaz, de 15 años de edad, el que tenía una cicatriz de un centímetro de largo dispuesta en la vertical, a un centímetro de la línea media esternal, es decir el esternón y a nivel de la excursión o articulación de la cuarta costilla con el esternón. Tenía además, otra lesión en la pierna del lado izquierdo a nivel del músculo, que se llama vasto externo, por encima de la rótula que era una cicatriz de 4,5 centímetros, dispuesta en la horizontal de 4,5 centímetros de largo y a ese nivel el muslo en este joven tenía un diámetro de 11 centímetros, por lo que comprometía la mitad de la extremidad en cuanto a su ancho. La lesión del muslo era una herida cortante y la del esternón una herida corto punzante, que cuando atraviesa una cavidad se llama herida corto punzante penetrante, predominando la presión sobre el deslizamiento, ya que no hay desplazamiento. Calificó a ambas lesiones, como de mediana gravedad, aunque ambas heridas podrían haber provocado la muerte del afectado de no haber sido atendido en forma oportuna.

Agregó que las heridas no señalan cual es la intención del que las provoca (SIC).

Se acompañaron en esa oportunidad los siguientes antecedentes:

1.- Informe Médico Legal de fecha dos de enero del año dos mil tres, suscrita por el doctor Miguel Angel Aguilar Luco, Médico Legista Ad-Hoc, en el que expone la naturaleza de las lesiones sufridas por la víctima y las operaciones practicadas.

2.- Informe Pericial de Lesiones N° 173, de fecha catorce de abril del año dos mil tres, realizado a la víctima por el doctor don Jaime Arturo Ceballos Vergara, Médico Legista, del Servicio Médico Legal de la Región de Aysén.

Documental:

Igualmente adjuntó, en lo relacionado con el hecho material, los siguientes documentos:

1.- Informe Presentencial Correlativo N° 004, de fecha catorce de enero del año dos mil tres, emitido por el Jefe del Centro de Reinserción Social de Coyhaique, señor Roberto Naranjo Guerra, remitido a través de Oficio N° 11.23.00 /66/ 2.003, el que concluye que de acuerdo a los antecedentes sociales y psicológicos respecto a la persona de José Manuel Muñoz Vargas, es opinión de ese Consejo Técnico que los factores enunciados anteriormente hacen difícil producir un cambio favorable que atenúe la peligrosidad manifestada por el imputado y, que pueden ocasionar alto riesgo de reincidencia. Por lo tanto un tratamiento en libertad NO puede ser garantizado en el Sistema Abierto en esta región.

2.- Oficio Ord. N° 1077, remitido por el Director del Servicio de Salud de Aysén, don José Tomás Saez Solar, de fecha once de abril del año dos mil tres, que en lo que a las partes interesa en el punto dos se indican cuatro Hospitales tipo cuatro de baja complejidad, ubicados en Cisnes, Aysén, Chile Chico y Cochrane. Estos establecimientos sólo pueden hospitalizar pacientes con enfermedades cuyo tratamiento requiere procedimientos sencillos y que se resolverán satisfactoriamente con muy pocos días de estada (aproximadamente 3).

3.- Informe de Lesiones de la víctima del delito Patricio Wladimir Ugaz Nallar, suscrito por el médico de turno del Hospital de Puerto Cisnes, doctor Miguel Angel Aguilar Luco, confeccionado el día primero de enero del año dos mil tres a las veinte treinta horas, el que da cuenta de las lesiones que presentaba la víctima al momento de ser atendida en la urgencia del referido centro hospitalario, así como el carácter grave de dichas lesiones, cuyo diagnóstico expresa, en lo pertinente, que se trata de un herida cortante y punzante esternal, herida cortante profunda de pierna izquierda con compromiso vascular, de carácter grave.

Otros Medios de Prueba:

1.- Cuchillo tipo carnicero, sin marca, de quince centímetros de hoja de metal duro, terminando en punta aguda y empuñadura de madera de once centímetros de color café, con su correspondiente cadena de custodia, especie que fue encontrada en poder del imputado.

QUINTO: Que, con los antecedentes referidos en el fundamento anterior, es factible tener por establecido, apreciando la prueba rendida, consistente en la declaración de la víctima Patricio Wladimir Ugaz Nallar, declaraciones de los testigos Alejandro Esteban Ugaz Nallar, Javier Alejandro Carrillo Muñoz, Cristian Suazo Chacón, Leslie Carol Suazo Chacón, José Felix Herrera Duamante, Samuel Eduardo Hernández Torres, peritos médicos legales don Miguel Angel Aguilar Luco y don Jaime Ceballos Vergara, se acreditó que alrededor de las veinte horas de la tarde del día primero de enero del año dos mil tres, la víctima del delito Patricio Wladimir Ugaz Nallar, de quince años y once meses de edad, fue agredido por José Manuel Muñoz Vargas, de veinticuatro años de edad, con un cuchillo, provocándole dos heridas corto punzantes, la primera en el área suprapatelar lateral del muslo izquierdo de cinco centímetros, por dos-tres centímetros de profundidad, con compromiso extenso de tejido muscular y con lesiones vasculares significativas, y, la segunda, en el área esternal, a la altura de la inserción de la cuarta costilla, sin penetración torácica, sin lesión ósea, con signología sugerente de lesión perióstica, cuyas cicatrices el tribunal apreció directamente, cuya extensión, en el primer caso, tenía aproximadamente entre cuatro a cinco centímetros de longitud, y, en la lesión del pecho, una cicatriz que impresionaba como una quemadura por un cigarrillo de un diámetro aproximado a un centímetro, lesiones que a juicio de estos sentenciadores son menos graves, circunstancia avalada por el

testimonio de los peritos Miguel Angel Aguilar Luco y Jaime Ceballos Vergara. En efecto, el primero señaló expresamente que la lesión en el muslo izquierdo demoraría en sanar veinte días, y, por su parte, el segundo, las califica como de mediana gravedad (sic); recuperables antes de treinta días.

SEXTO: Que, en cuanto a la participación que en los anteriores hechos se atribuye al acusado José Manuel Muñoz Vargas, el Ministerio Público rindió prueba testimonial, pudiendo mencionarse primeramente la declaración del ofendido Patricio Wladimir Ugaz Nallar y de los testigos Alejandro Esteban Ugaz Nallar, Javier Alejandro Carrillo Muñoz, Cristian Suazo Chacón, Leslie Carol Suazo Chacón, José Felix Herrera Duamante y Samuel Eduardo Hernández Torres.

SEPTIMO: Que, con los elementos de prueba referidos precedentemente, en especial los testimonios ya mencionados en el acápite anterior, el Tribunal tiene por establecido, más allá de toda duda razonable, que fue el acusado José Manuel Muñoz Vargas quien tuvo participación directa en las lesiones ocasionadas a Patricio Wladimir Ugaz Nallar, al agredirlo con un cuchillo que portaba en la ocasión en que ocurrieron los hechos, sumado a la declaración personal del acusado realizada en virtud del derecho del inciso final del artículo 338 del Código Procesal Penal, expresando que su intención no era de matar Patricio Ugaz y le pide disculpas por lo sucedido.

OCTAVO: Que, para desvirtuar los fundamentos de la acusación, la defensa de José Manuel Muñoz Vargas

presentó dos planos de la ciudad de Puerto Cisnes, certificado por el Departamento de Obras de la Municipalidad de Puerto Cisnes, los que en opinión de estos jueces fueron irrelevantes para el esclarecimiento de los hechos.

NOVENO: Que en lo referente a las lesiones que se han dado por establecidas en el fundamento quinto y la participación que se ha atribuido en las mismas al acusado José Manuel Muñoz Vargas, el Ministerio Público dedujo acusación en contra del mismo en calidad de autor del delito de homicidio simple en grado de frustrado, basándose en los informes médicos de la víctima, referente de los cuales se han mencionado precedentemente, los que serían reveladores del ánimo o intención homicida del hechor – a lo menos de dolo eventual- unido a ello el lugar en que se causaron las heridas, que corresponden la primera de ellas a la pierna izquierda, sector suprapatelar y la segunda en la región torácica, área esternal.

Sobre el particular, el tribunal estima necesario efectuar algunas precisiones previas:

a) Que, el homicidio simple “consiste en matar a otro sin que concurren las condiciones especiales constitutivas del parricidio, infanticidio u homicidio calificado” y en cuanto al aspecto subjetivo se puede sostener que “es el homicidio doloso el único que tiene cabida, en un sentido propio, en la figura del artículo 391 N° 2 del Código”. Sergio Politoff, Francisco Grisolia y Juan Bustos. “Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos Contra el Individuo en

sus Condiciones Físicas, páginas 43 y 70.

b) Que, a mayor abundamiento, “el dolo consiste en saber el sujeto lo que va a ejecutar y en querer hacerlo” o “la voluntad de realizar íntegramente lo pensado”. Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, páginas 75 y 77.

c) Que, el homicidio tal como lo concibe el legislador penal en el artículo 391y 1° del Código Punitivo, consiste en matar voluntariamente a otro. Desde esta perspectiva, la dinámica conductual del acusado José Manuel Muñoz Vargas, se expresa en el juicio en estudio, en haber causado dos heridas corto punzantes, con un cuchillo, a la víctima Patricio Wladimir Ugaz Nallar, la primera de ellas, en la pierna izquierda, sector suprapatelar, con compromiso de extenso tejido muscular y significativas lesiones vasculares y la segunda, en el pecho, más precisamente en el área esternal, sector precordial, sin penetración en la cavidad torácica.

d) Que, como se puede apreciar, las zonas invadidas, corresponden a dos distintas regiones corporales del sujeto ofendido, lo que aleja la posibilidad de una conducta selectiva del autor, como se señala en la acusación del Ministerio Público, tendente a un solo propósito, en este caso, ocasionar la muerte de Patricio Ugaz Nallar, la que no se habría producido por causas ajenas a la voluntad del malhechor. En el delito de homicidio, “el que mate voluntariamente a otro”, el verbo rector es matar. Ello implica, un dolo directo, un querer, las

más de las veces, exento de inflexiones, que permita un análisis de la voluntad, siempre oculta en el fuero interno, pero expresada en hechos externos y objetivos, sensiblemente evaluables. Un dolo homicida, entre muchas manifestaciones posibles, sería lo que expresa el Ministerio Público en su acusación y en el desarrollo progresivo del juicio, consistente en una selección de zonas vulnerables para el deceso del sujeto. Las máximas de la experiencia nos indican que, si un sujeto quiere matar a otra persona, deberá premunirse de un instrumento apto para el propósito representado y atacar zonas corpóreas donde existan órganos vitales. Un cuchillo es un instrumento idóneo a tal propósito. Pero, lesionar una pierna con un cuchillo, de ordinario no es una zona que se elija para obtener un resultado de muerte. En el juicio se demostró, que la lesión afectó venas y arterias, siendo la ruptura de la femoral la que generó la hemorragia. Ello fue producto del acaso, y no de una actitud premeditada, pues es un hecho cierto que el acusado Muñoz Vargas, es un pescador artesanal, respecto del cual el Ministerio Público no acreditó conocimientos especiales en anatomía o en otro campo científico relacionado. De ello se sigue, que no seleccionó la pierna izquierda y especialmente la zona suprapatelar, para cercenar la arteria mencionada. La otra zona afectada, tampoco es vulnerable, salvo que el cuchillo hubiese atravesado la caja torácica y además, haya llegado hasta el corazón. El examen ocular practicado por los jueces al cuchillo, presentado como evidencia en el juicio, nos lo muestra con una hoja de metal

firme, terminado en punta, apta para penetrar cualquier zona del cuerpo humano. Pero en la realidad, no resultó así. La punta del cuchillo tomó contacto con la zona esternal de la víctima, pero no llegó al hueso ni menos lo atravesó. Constatamos directamente que, la lesión cicatrizada tenía un diámetro no mayor a un centímetro y que impresionaba como una quemadura de un cigarro encendido sobre la piel y que, el médico legista ad-hoc don Miguel Angel Aguilar Luco, la calificó de leve. De haber existido el dolo de matar, hubiese bastado desplegar mas energía con el brazo, para llegar a la cavidad del tórax y posiblemente, al corazón. Por lo expuesto es que, podemos decir que, ninguna de las lesiones son referentes idóneos que nos permitan inferir que hubo dolo directo proyectado a la muerte del sujeto pasivo. Además, Javier Carrillo recibió un primer raspón como consecuencia del ataque colectivo del imputado que según el mismo testigo lanzaba al aire estocadas a cualquiera.

e) Que, el único testigo que explícitamente señala que el acusado Muñoz Vargas, habría dicho que iba a dar muerte al ofendido Patricio Wladimir Ugaz Nallar, es José Félix Herrera Duamante, empero, sus dichos no son dignos de crédito. En efecto, reconoció que había ingerido, durante muchas horas bebidas alcohólicas, luego que, el ataque se habría producido a las diecisiete horas, contradiciendo la mayoría de los testimonios y otras evidencias del juicio, indican que el hecho ocurrió cerca de las veinte horas. No caben dudas para estos sentenciadores que el testigo tenía su

mente obnubilada por los efectos del alcohol, de manera que su percepción sensorial estaba alterada, de lo que se sigue que su declaración no es creíble.

f) Que, los dichos de los testigos Patricio Wladimir Ugaz Nallar, víctima del ataque por parte de Muñoz Vargas, Samuel Eduardo Hernández Torres, Cristián Suazo Chacón, Leslie Carol Suazo Chacón, Javier Alejandro Carrillo Muñoz, Alexandro Esteban Ugaz Nallar y de los peritos médicos don Miguel Ángel Aguilar Luco y don Jaime Arturo Ceballos Vergara, reafirman lo expuesto precedentemente, en cuanto a que, efectivamente el primero de enero del año dos mil tres, el acusado Muñoz Vargas, atacó con un cuchillo a Patricio Wladimir Ugaz Nallar, ocasionándole dos heridas corto punzantes, una en la pierna izquierda y la otra en la zona esternal, ambas, clínicamente menos graves. Dado a que ambas se presentan en regiones diversas del cuerpo de la víctima, nos obliga a pensar, como ya se dijo, que no son lesiones selectivas, sino que producto de una actividad desordenada, cuyo resultado final, son las lesiones que hemos mencionado. Si hubo dolo homicida, tal conducta es difusa y no se refleja con exactitud en la faz objetiva del delito. El dolo como acto volitivo del hombre, debe manifestarse fuera de él, exteriorizarse en el mundo de los hechos, de forma concreta, de manera de ser evaluable por los sentidos. Por lo expuesto, resulta estéril pronunciarse acerca del iter críminis, expresado en este caso, en la frustración del acto de muerte a un tercero. Sin perjuicio de lo expresado, diremos que el delito o crimen en grado frustrado es aquel en

que el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad. En la especie, si el puñal no atravesó la caja torácica, es simplemente por que el hechor no imprimió más energía al golpe y no por una especial o circunstancial protección, que ampara al ofendido al momento del ataque. Por ejemplo, que el impacto del cuchillo hubiese sido frenado, por haber golpeado sobre un medallón de metal o algo parecido, que el ofendido hubiere tenido sobre el pecho que, al interponerse entre el arma y el cuerpo de la víctima haya impedido su penetración al corazón. Como corolario de lo expresado podemos decir que, el acusado manipuló el arma para causar un daño de menor entidad que un homicidio. Entonces por lo expuesto y además lo resuelto en el considerando quinto, no se hace lugar a la tesis del Ministerio Público, esto es, que Muñoz Vargas cometió homicidio en grado de frustrado.

g) Que, tal como lo señala don Mario Garrido Montt, al referirse al tipo penal del homicidio simple indica que: "Como toda figura penal, la descripción que se hace de ella en el artículo 391, el que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado..., comprende dos fases, la objetiva y la subjetiva."

El tipo objetivo está integrado por la descripción de la **conducta** prohibida (acción u omisión), que consiste en la actividad dirigida a matar a otro; por el **resultado**, que es precisamente el deceso de una persona y como tercer elemento del tipo se requiere la relación

de imputabilidad objetiva de esa muerte a la conducta realizada por el agente (o como tradicionalmente se ha expresado: la relación de causalidad). Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo III, Parte Especial, páginas 31 y 32.

h) Que, profundizando en lo antes señalado, el autor mencionado precedentemente, indica que el tipo subjetivo no ofrece particulares alternativas en materia de homicidio, sin perjuicio de que parte de la elaboración sistemática de esta fase del tipo haya logrado su desarrollo precisamente por el análisis de este delito. Como se trata de una figura de resultado, tiene que haber un comportamiento dirigido a privar de la vida a otra persona, pero esa voluntad puede presentar distintas alternativas direccionales. Puede tener como fin determinante la provocación del deceso (dolo directo), o considera a esa muerte como consecuencia inevitable de la acción que desea realizar (dolo indirecto), o prevé el resultado como posibilidad, pero frente a su eventual ocurrencia queda indiferente anímicamente por su interés preferente en realizar la acción que se ha propuesto (dolo eventual). La situación es distinta en el delito de homicidio en grado de intentado (tentativa propiamente tal y frustración), donde mayoritariamente se estima por la doctrina nacional que es posible únicamente el dolo directo, porque para que exista requiere que todos los actos realizados por el actor subjetivamente los haya dirigido hacia su referido objetivo, lo que hace indispensable una intencionalidad que en el dolo eventual no se da. Mario Garrido Montt, Derecho

Penal Tomo III, Parte Especial, páginas 43 y 44.

i) Que, conforme al parecer de la doctrina mayoritaria que, el homicidio no es un delito que pueda ser calificado por el resultado, con prescindencia de la voluntad del hechor, voluntad ésta que resulta indispensable determinarla, pues en última instancia ella representa la culpabilidad que, en un sentido lato, es precisamente el elemento que permite que un hecho pueda ser reprochable a su autor. Es decir, como indica el ya citado autor don Mario Garrido Montt, aparece superado el criterio de que la objetividad del resultado prima para la calificación de los hechos, sobre la voluntad del agente. Tal criterio inicial, se encuentra actualmente abandonado, lo que en definitiva se traduce en que el Código Penal, al tratar el delito de homicidio que nos ocupa -como lo hace en realidad con la mayor parte de las figuras a que se refiere- describe una acción que prohíbe bajo la determinación de una pena, pero esa acción la entiende como un comportamiento dirigido a la obtención de un propósito. Esto es, se concluye, si bien el delito requiere de una objetivización en el mundo material mediante movimientos o la no realización de ellos, exige también una voluntad que de dirección y finalidad a ese movimiento o abstención, que podría considerarse como el aspecto más decisivo de la acción al darle significación a su objetividad (Mario Garrido Montt, El Homicidio y sus Figuras Penales, 1976, pp.66-69)

j) Que, habiéndose descartado el propósito homicida del autor, nos avocaremos a las lesiones sufridas por

el ofendido. En sus declaraciones los peritos médico legales Aguilar Luco y Ceballos Vergara, puntualizaron que las lesiones fueron menos graves, ya que demoraron en sanar en un término inferior a treinta días. Empero, debemos hacer un análisis en relación con lo expuesto por el primer perito, que cae en una contradicción entre lo que escribe en la documental acompañada de fecha primero de enero del año dos mil tres, Informe de Lesiones en atención de urgencia y luego cuando declara en juicio al manifestar que la lesión suprapatelar era grave y luego reconocer que el músculo "sutura y queda completamente bien en unos veinte días", así entonces, expresó primero, que demoraron en sanar un periodo superior a treinta días y luego, que demoraron en sanar en un plazo menor a treinta días. Tal paradoja, se resuelve, cuando el segundo perito afirma que ambas lesiones demoraron en sanar en un tiempo inferior a treinta días. De manera que estos juzgadores, apreciando con libertad estas declaraciones, y considerando los conocimientos científicos de uno y otro, se inclinan en esta parte por dar más crédito al último de los nombrados por tener a su haber una experiencia y conocimientos más específicos en el área de la medicina legal, prefiriendo también, por el principio de la inmediación, la declaración en juicio del perito Aguilar Luco.

Es útil dejar asentado en esta sentencia, que el médico legista, Ceballos Vergara, examinó al ofendido, tres meses después de que sufrió el ataque por parte del acusado Muñoz Vargas, pudiendo, solo observar las

heridas cicatrizadas, asociado a los antecedentes proporcionados por su colega, infiriendo, a partir de estos hechos la mayor parte de sus conclusiones y de los antecedentes proporcionados por su colega, sin contribuir a la sustentabilidad de la tesis del Ministerio Público.

Del mismo modo, reafirman el juicio que nos hemos formado, el hecho de que el médico Aguilar Luco, una vez saturadas las heridas del paciente lo dejó una noche hospitalizado, pero no por las lesiones, sino por que éste presentaba un cuadro clínico convulsivo, cuyo vector podría ser una epilepsia, que estaba en estudio, pues el joven era evaluado por el mismo facultativo, con antelación a las lesiones sufridas.

k) Que, así planteadas las cosas, el Ministerio Público, sobre quien recae la obligación de probar la existencia del delito y de la persona que lo cometió en carácter de autor, cómplice o encubridor, no logró establecer más allá de toda duda razonable, que el ilícito penal que comentamos, haya sido un homicidio en grado de frustrado.

El artículo 340 del Código Procesal Penal dispone: "Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en el hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley".

DECIMO: Que, de acuerdo a lo referido en los fundamentos precedentes, se sancionará al imputado

José Manuel Muñoz Vargas, únicamente en calidad de autor directo del delito de lesiones menos graves, previsto y sancionado en el artículo 399 del Código Penal, teniendo presente para ello el mérito de los informes médicos allegados al juicio y declaración de los médicos legistas don Miguel Angel Aguilar Luco y don Jaime Ceballos Vergara, antecedentes de los cuales aparece que las heridas provocadas al ofendido le causaron lesiones calificadas clínicamente de mediana gravedad, que sanaron en menos de treinta días, generando igual tiempo de incapacidad.

Que, además el Tribunal invitó a los intervinientes y se abrió debate sobre la posibilidad de recalificar jurídicamente los hechos que el Ministerio Público, sostuvo en su acusación de acuerdo a lo señalado en el inciso 2º del artículo 341 del Código Procesal Penal, para la eventualidad que se derivara hacia un delito de lesiones, sin que hayan aportado nada diferente a lo conocido durante la etapa del desarrollo del juicio oral, insistiendo la Fiscalía de que se trataba de un delito de homicidio frustrado, mientras que la Defensoría estimó de que se estaba en presencia de un delito de lesiones menos graves, establecidas en el artículo 399 del Código Penal.

Que, asimismo, se deja constancia de que los jueces una vez pronunciada la decisión de condena se encuentran legalmente facultados para abrir debate sobre los factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena, conforme lo dispone el artículo 345 del Código Procesal Penal, habiendo llamado a los

intervenientes a pronunciarse sobre ella durante la audiencia, pidiendo la Fiscalía el máximo de la pena y la Defensoría el mínimo de ella.

UNDECIMO: Que, relativamente a la atenuante del artículo 11 N° 5 del Código Penal, esto es, la de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación, estos sentenciadores determinaron no acoger esta atenuante por razones que se pasarán a exponer: en primer lugar no se acreditó por parte de la Defensoría, que la "polola" del acusado haya sido agredida por un tercero; en segundo lugar, se desconoce su gravedad, cuestión íntimamente vinculada a la alteración o perturbación del ánimo del acusado. Así, si el hecho es nimio, no se divisa la razón por el cual hubiese producido en el acusado una fijación mental, y además, lo haya alterado a niveles anormales, que lo movilizó a actuar criminalmente en contra del ofendido y por último está el hecho, que esta mutación anímica debía ser tan poderosa que naturalmente haya producido el efecto de encolerizarlo y obnubilarlo. Es un hecho conocido que el acusado estaba, a lo menos bajo los efectos del alcohol, de manera que su encono no se produjo naturalmente, sino que acicateado por dicho elemento.

DUODECIMO: Que, concurre a atenuar la pena del acusado la minorante que reposa en su irreprochable conducta anterior del artículo 11 N° 6 del Código Punitivo, pues su extracto de filiación y antecedentes está exento de reproches pretéritos, consignando a través de convención probatoria, lo que a juicio de

estos sentenciadores es suficiente para tenerla por acreditada.

DECIMOTERCERO: Que, teniendo presente que el acusado tiene 24 años de edad, la víctima a la fecha de los hechos, quince, que la envergadura física del imputado excede con creces la de Patricio Ugaz Nallar, a que el informe presentencial, en lo relativo a los antecedentes sociales de José Manuel Muñoz Vargas consigna que desde que cumple sus obligaciones militares se familiariza con alcohol de mayor graduación llegando a la ebriedad, presentándose desde allí episodios de violencia, agresiones a terceros siempre asociados a situaciones y a la presencia del alcohol que producen reacciones desmedidas frente a situaciones que atentaran contra su integridad física, observando, además una intención de minimizar su participación en los hechos señalando pérdida de conciencia; por su parte, en el plano psicológico, aparece una tendencia a exacerbar la condición de fuerza, observándose intransigente, fiel a sí mismo y a sus propios principios, sin aceptar compromisos y mediadores, se puede inferir, agrega, en el comportamiento del sujeto una voluntad de imponerse de un modo desafiante ante los otros y ante sí mismo. Presenta, en la dinámica delictiva una excesiva confianza en sus capacidades físicas como forma de resolver conflictos, asociado a la convicción de invulnerabilidad, demostrando una baja resonancia emocional y por lo mismo nula evaluación del daño causado a terceros, concluyendo, en definitiva, que un tratamiento en libertad no puede ser garantizado en el sistema abierto en

esta región. Todo lo cual dificulta su reinserción social, antecedentes todos éstos, que no permiten presumir que el enjuiciado Muñoz Vargas no volverá a delinquir y atendido lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 18.216 y su Reglamento, siendo facultativo para el Tribunal la concesión de alguno de los beneficios que dicha ley contempla, no se accederá a concederle al acusado, ninguno de ellos.

DECIMOCUARTO: Que, siendo la pena asignada al delito un grado de una divisible y favoreciendo al acusado una circunstancia atenuante de responsabilidad sin que le perjudiquen agravantes, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 67 del Código Penal, al aplicar la misma el Tribunal debe aplicarla en el mínimo.

Por estas consideraciones, y visto además, lo dispuesto en los artículos 1, 7, 11 N° 6, 14 N°1, 15 N° 1, 21, 24, 30, 31, 50, 67, 69, y 399 del Código Penal; y 297, 340, 341, 342, 343, 345, 346, 347, 468 y 469 del Código Procesal Penal, artículo 4, letra c de la ley N° 18.216, se declara:

I.- Que, se condena a José Manuel Muñoz Vargas, ya individualizado, a la penas de: **trescientos días de presidio menor en su grado mínimo**, accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como autor ejecutor directo del delito de lesiones menos graves en la persona de Patricio Wladimir Ugaz Nallar, hecho perpetrado en la localidad de Puerto Cisnes, el día 01 del enero del año 2.003, alrededor de las 20,00 horas.

II.- Que, no reuniéndose los requisitos de la ley N° 18.216, no se concede al sentenciado ninguno de los beneficios que se señalan en dicho texto legal.

III.- Que, la pena corporal impuesta al sentenciado se le contará desde el día 02 de enero del año 2.003, fecha desde la cual se encuentra ininterrumpidamente privado de libertad, según información contenida en el auto de apertura de este juicio oral.

IV.- Que se ordena el comiso del arma incautada.

V.- Devuélvase a la Fiscalía y a la Defensa la evidencia documental y material que acompañaron durante la audiencia, con la sola excepción de la especie decomisada.

VI.- Una vez ejecutoriado este fallo, cúmplase con lo dispuesto en los

artículos 468 y 469 del Código Procesal Penal, oficiándose a la Contraloría General de la República, al Servicio de Registro Civil e Identificación y a Gendarmería de Chile, adjuntándose copia de esta sentencia con el atestado de encontrarse ejecutoriada.

Redactada por el Juez don Eduardo Jorge Camus Mesa.

Causa Rol Unico: 0300000171-5

Rol Interno 03-2003

Dictada por los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Coyhaique, don Pedro Alejandro Castro Espinoza, don Luis Rolando del Río Moncada y don Eduardo Jorge Camus Mesa.

Autoriza doña Marcela del Carmen Vidal Romero, Jefe Unidad de Testigos y Peritos.

- Condena a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y al pago de las costas de la causa como coautores del delito de robo con fuerza en lugar habitado en grado de tentado.

Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta.

Resumen:

La Fiscalía acusó a los imputados como autores del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, en grado de tentado. Señaló que les beneficiaban las atenuantes del artículo 11 N° 7 y 9 del Código Penal, así como les perjudicaban las agravantes de los artículos 12 N° 16 y 456 bis N° 3 del mismo cuerpo legal. La Defensa sostuvo que se trató de una tentativa desistida, y por tanto de un hecho no punible. En subsidio alegó la autoría de sólo uno de ellos y la complicidad del otro. El Tribunal declaró que efectivamente, y siguiendo a la doctrina, quien inicia la ejecución de un delito y se desiste voluntariamente de él, no merece reproche penal, pero en el caso juzgado, la tentativa abortada se debió a la presencia de testigos que vieron sus actos, y no a un hecho meramente voluntario en el sentido de desistirse. A su vez estimó que ambos actuaron en calidad de coautores. El fallo acogió las atenuantes invocadas. La primera de ellas porque su razón de ser está en proteger a la víctima recibiendo reparación de parte del propio responsable del daño sufrido, evidenciando a la vez un indicio de rehabilitación. En cuanto al monto consignado, el Tribunal lo estimó suficiente, atendido que el daño fue mínimo, el robo quedó en grado de tentado y que el depósito fue hecho estando ambos privados de libertad. La segunda atenuante, porque gracias a su colaboración se facilitó el esclarecimiento de los hechos. Finalmente, también acogió las agravantes invocadas por la Fiscalía. La primera por cuanto se cumplieron los presupuestos de la norma en cuestión, y la segunda porque al actuar de a dos aumentó la peligrosidad.

Texto completo:

Antofagasta, quince de octubre de dos mil tres.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: El diez de este mes y año, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, constituido por la juez Presidente de la Sala señora Lorraine Gigogne Miqueles, y las juezes señora Virginia Soubllette Miranda y

Carla Troncoso Bustamante, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa n° 102-2.003, seguida por el delito de robo en lugar destinado a la habitación en contra de don **Rodrigo Fernando Cabrera Egaña**, chileno, mueblista, cédula de identidad N° 11.932.060-7, 31 años de edad, domiciliado en calle Armando Carrera

0512, Gran Vía, Antofagasta y de don **Juan Manuel Hernández Carrasco**, chileno, comerciante, cédula de identidad 10.336.064-1, 38 años de edad, domiciliado en calle Padre Hurtado 2710, Población René Schneider.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el Fiscal don **José Veizaga González**, con domicilio en calle Carlos Condell N° 2235 de Antofagasta, en tanto que la defensa de los imputados estuvo a cargo de la abogado de defensor penal público doña **Cristina Gallegos Orellana**, domiciliada en Antofagasta, Avenida Balmaceda 2536, tercer piso.

SEGUNDO: La acusación del Ministerio Público tuvo por fundamento la siguiente relación de los hechos: "el día 30 de abril del año 2003, aproximadamente a las 00:30 horas, los imputados procedieron a ingresar vía escalamiento al inmueble ubicado en la esquina de Avenida Ejército y calle Rebeca Matte, de esta ciudad. El imputado RODRIGO FERNANDO CABRERA EGAÑA ingresa al departamento del segundo piso, correspondiente a doña MARTA CARRASCO ARELLANO y que en ese momento se encontraba sin moradores, procediendo a registrar sus dependencias buscando especies de valor para sustraer; este ingreso se efectuó forzando una de las ventanas del departamento. En el ínter tanto, el imputado JUAN MANUEL HERNÁNDEZ CARRASCO vigilaba en la escalera interior del inmueble; sin embargo, él es visto por lo menos por 4 personas, lo que motiva su huída del lugar, siendo seguido a los pocos minutos por

CABRERA EGAÑA, ambos salen del inmueble saltando el cierre perimetral."

A juicio del Ministerio Público los hechos configuran el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, en grado de tentado, previsto en el artículo 440 del Código Penal, y que está sancionado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, el Ministerio Público señaló que concurren en favor de ambos acusados las atenuantes del artículo 11 números 7 y 9 del Código Penal, y les perjudican a ambos las agravantes del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, por ser dos los malhechores, y la de reincidencia específica del artículo 12 N° 16 del Código Penal.

Se solicita para cada uno de los imputados la pena privativa de libertad de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias del artículo 28 del Código Penal, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, todo ello con el pago de las costas de la causa.

TERCERO: La defensa de los acusados sostuvo en su alegación de apertura, que si bien pudiere llegar a acreditarse que Cabrera Egaña ingresó al domicilio en cuestión, y que Hernández Carrasco estuvo en las inmediaciones del lugar, tales acciones no resultan punibles toda vez que existió una tentativa desistida de ambos. Por otra parte, aún cuando pudieren

estimarse culpables, a Hernández sólo le correspondería una participación en grado de cómplice. Sin perjuicio de esta alegación de absolución, también sostuvo la procedencia de las atenuantes que el Ministerio Público reconoció en su acusación.

CUARTO: El delito materia de la acusación fiscal de este juicio requiere para su configuración la apropiación de cosas corporales muebles, sin voluntad de su dueño, con ánimo de lucro, efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación, mediante escalamiento.

QUINTO: Con el fin de establecer la concurrencia de los elementos típicos reseñados, el Ministerio Público rindió la siguiente prueba testimonial, documental e incorporó evidencia material.

Don **Francisco Hernández Díaz**, relató que la noche del 29 de abril, cerca de la medianoche se dirigía a la playa por calle Rebeca Matte hacia abajo cuando al pasar junto al edificio que está en la esquina con Ejército vio a una persona forcejeando la ventana de un departamento. Siguió hasta la playa, donde estuvo poco tiempo y cuando regresaba por esa misma calle vio a dos sujetos saliendo del edificio, uno más bajo saltando un muro y el otro más alto saliendo por la puerta. En esas circunstancias también se encontró con otras personas que habían visto lo mismo y uno de ellos llamó a carabineros desde una botillería que existe en la esquina de esa calle.

Don **Alex Arancibia Cárdenas** fue una de esas personas que junto al anterior testigo presencié la actividad desplegada por algunos sujetos en el

edificio de Rebeca Matte. El estudiante señaló que esa madrugada estaba en la playa en el sector del balneario con unos amigos – César y Mario – y cuando caminaban por la calle Rebeca Matte vieron a una persona colgada sobre una ventana del segundo piso del edificio. Ese sujeto les hizo un gesto amenazador, ellos siguieron caminando y decidieron llamar a carabineros desde una botillería que está en la siguiente cuadra. Cuando salían de la botillería luego de haber llamado y entregado la descripción de los sujetos, vieron al mismo individuo que habían observado en la ventana y que les hizo el gesto que saltaba por el muro del edificio. Otro sujeto, uno más alto, salió por la puerta tras él, diciéndoles que va a alcanzarlo, pero cuando llega a la esquina y se encuentra con el más bajo, se percatan que siguen caminando juntos hacia la playa.

Quién llamó por teléfono a carabineros esa noche fue don **César Quinteros Jofré**. Este joven también relató que venía en compañía de sus amigos caminando por la Avenida Ejército, cuando al doblar por Rebeca Matte se fijó que había una persona que estaba con la mitad del cuerpo hacia adentro de la ventana de un departamento, apoyando un pie en el balcón, sin poder asegurar si estaba entrando o saliendo. Cuando él se percató que era observado por ellos les hizo un gesto y se va para encontrarse con otro sujeto en el parque. Deciden llamar a carabineros, logrando comunicarse con ellos desde la botillería que está en la esquina, luego de haberlo intentado antes por celular infructuosamente, ellos les describen

como andaban los dos sujetos: uno más bajo con chaqueta café y otro más alto con camisa clara y pantalón oscuro. No recuerda bien pero le parece que ya estaban llamando a carabineros. cuando apareció otra persona que también había visto lo ocurrido, haciendo referencia al testigo Hernández.

Recapitulando, con esa prueba testimonial pudo establecerse que tres testigos vieron cerca de la medianoche del día 29 de abril como dos sujetos intentaban forzar o abrir las ventanas de alguno de los departamentos del edificio ubicado en calle Rebeca Matte esquina con avda Ejército, y al menos uno de ellos ingresó por la ventana de un departamento ubicado en el segundo piso, por lo que alertaron a carabineros, denunciando el hecho y describiéndolos por sus rasgos físicos – uno más bajo y moreno, otro más alto – y por la forma como esa noche vestían.

SEXO: También declararon en el juicio los funcionarios policiales que llegaron al lugar alertado por el llamado de los transeúntes. El **Sargento 2° (R) Carlos Huerta Piñones** expuso que esa noche estando a cargo del carro policial que conducía el carabinero Cortés, llegaron a la botillería ubicada en calle Rebeca Matte informados por la Central de estarse produciendo un asalto en el edificio en que viven los Ministro de la Corte de Apelaciones. Llegaron hasta una botillería de la esquina, lugar donde brevemente se entrevistaron con una persona que le señaló que habían visto a dos sujetos que describen por rasgos físicos y vestimentas, mismos que estarían en las inmediaciones del lugar. Casi simultáneamente otra patrulla que conducía el Sargento Rivas, detuvo a un

sujeto más bajo, en tanto que ellos a la vuelta del edificio en calle Ejército pudieron detener a la otra persona, un sujeto más alto. El **Carabinero Ilton Cortés Pinto**, conductor del vehículo policial a cargo del Sargento Huerta confirmó lo expuesto, señalando que al sujeto que ellos detienen iba caminando solo por la avenida Ejército, y que entre que recibieron el comunicado radial y procedieron a la detención de esa persona no trascurrieron más de cinco minutos. Por su parte el **Cabo Ricardo Rivas Caro**, conductor de la otra radiopatrulla relató que habiendo recibido el comunicado por un robo en un edificio de calle Rebeca Matte, llegó primero hasta en lugar. Ya en el edificio como no vio nada al pasar, decidió seguir y con las descripciones físicas y de la ropa que le señalaban por radio que vestían los sujetos, detuvo a una persona que estaba a unos treinta metros del domicilio afectado, habiendo transcurrido aproximadamente unos 10 minutos entre el llamado radial y la detención de esa persona.

De esta forma los testimonios de los funcionarios policiales, unido a lo concluido precedentemente, permiten afirmar que en las inmediaciones del edificio de calle Rebeca Matte esquina Avenida Ejército, carabineros detuvieron a dos personas cuya descripción física así como la ropa que vestían correspondía a las señaladas por los transeúntes que habían denunciado el hecho a la central telefónica de carabineros, mismos que no portaban especie alguna.

SÉPTIMO: El ingreso efectivo a uno de los departamentos del Edificio de Rebeca Matte y la forma como el mismo

se practicó, se estableció por las declaraciones de la víctima y del perito que informó sobre el sitio del suceso. Doña **Marta Carrasco Arellano**, cuya declaración se verificó anticipadamente ante el Juez de Garantía, relató que el día 29 de abril del año en curso viajó a la ciudad de Santiago dejando su departamento ubicado calle Rebeca Matte cerradas sus ventanas y con doble llave la puerta, sin que otra persona autorizada contara con llaves para acceder al mismo. El 30 de abril Carabineros la llamó a Santiago, informándole que la madrugada de ese día unos sujetos escalaron por la ventana de uno de sus dormitorios que forzaron y entraron a su departamento, el "B". Cuando ella regresó a la ciudad el día 5 de mayo pudo advertir que quienes habían entrado, lo hicieron por la ventana de una habitación que ocupa como estudio, y en el lugar habían registrado su closet, sacaron un bolso con cosas, estando la habitación en desorden, al igual que la contigua que tiene dispuesta para las visitas, cuyo closet lo registraron y sacaron sus carteras, quedando el lugar con rastros de haber sido registrado. A las restantes dependencias de su casa no habrían ingresado, estando además su dormitorio con llave. Luego de haber revisado sus cosas pudo determinar que no se le sustrajo especie alguna. Refiriéndose a la ventana por la que debieron acceder sostiene que la misma estaba cerrada, y que no es fácil entrar por ella, pues está distante de la escalera y es necesario apoyarse en el balcón para entrar, cuestión que también tuvo que hacer carabineros para revisar su departamento, porque la

puerta estaba cerrada y ella no dejó a nadie con llave en la ciudad cuando se fue a Santiago.

Por su parte el **perito Carlos Villarroel González**, teniente del Laboratorio de Criminalística de la Prefectura de Carabineros de esta ciudad, expuso sobre las operaciones que se realizaron en el lugar para establecer la efectividad del delito. Explicó como el mismo día 30 de abril se constituyeron en el Edificio de calle Rebeca Matte N° 510. En el lugar se percataron que la puerta de acceso al mismo, cuyo cierre es eléctrico tenía los cables arrancados, sin poder precisar la antigüedad de esa situación. Ya en el segundo piso, advirtieron la existencia de huellas plantares en la escala del edificio contigua a la ventana del departamento "B". De igual forma vieron huellas de interés criminalístico en la base de la ventana y señales de forzamiento en las zonas inferiores y superiores de su marco de aluminio. De tales hallazgos dan cuenta las fotografías proyectadas en la audiencia que fueron tomadas en el procedimiento. Algunas de ellas permiten distinguir claramente la huella de un mismo tipo de calzado halladas en el descanso de la escalera dentro del departamento. Ya en el interior del departamento percibieron el registro de dos de sus habitaciones en las que se evidenciaron desorden y señales de búsqueda de interés criminalístico. Parte de su pericia también consistió determinar la correspondencia de las huellas encontradas en el sitio del suceso con aquellas que deja el tipo de zapato que uno de los detenidos calzaba esa noche. Concluyó sobre la

base de la comparación de los dos tipos de huellas – las fotografiadas en el sitio del suceso con las que dejaba el calzado que entregó el detenido – que ambas eran idénticas en su forma, tamaño y diseño, pudiendo concluir que las halladas en el departamento “B” fueron hechas por el calzado periciado. Por una posterior solicitud del Fiscal realizó un ejercicio de comprobación sobre la posible vía de acceso al interior del departamento “B”, estableciendo que el mismo ocurrió mediante el escalamiento de una ventana, apoyando en el descanso de la escala de acceso a la puerta, lo que justifica de paso las huellas plantares y dígito palmarias que se ubicaron. Reconoció que el calzado al que se refirió en su declaración es aquel que se le exhibió, un par de zapatos marca Cardinale número 43 color café, introducidos previamente como **evidencia material**.

Con la prueba rendida pudo también establecerse que el departamento “B” del Edificio de calle Rebeca Matte se trata de un inmueble destinado a la habitación, mismo al que ingresó al menos una persona mediante el escalamiento por la ventana de uno de sus dormitorios, procediendo luego esa o esas personas a registrar dos dependencias interiores en búsqueda de especies de valor, sin concretar sustracción alguna.

OCTAVO: Las pruebas analizadas producen convicción en el tribunal y permiten dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que cerca de la medianoche del día 29 de abril del año en curso, dos individuos intentaron forzar o abrir las ventanas de alguno de los departamentos del edificio

ubicado en calle Rebeca Matte n° 510, logrando entrar al departamento “B”, trepando desde la escala del edificio hacia una ventana de un dormitorio, inmueble destinado a la habitación, ingresando al menos uno de esos sujetos, procediendo luego esa o esas personas a registrar dos dependencias interiores en búsqueda de especies de valor, sin concretar sustracción de bien mueble alguno, siendo posteriormente detenidos por carabineros en las inmediaciones de calle Rebeca Matte esquina Avenida Ejército, los mismos dos sujetos que habían sido vistos merodeando el edificio, cuya descripción física y vestimenta correspondían a las señaladas por los transeúntes que los sorprendieron en tal actividad y denunciaron el hecho.

NOVENO: Los hechos descritos tipifican el delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, en grado tentado, en perjuicio de doña Marta Carrasco Arellano, previsto y sancionado en los artículos 440 N° 1 con relación al 432 del Código Penal, con la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

La prueba del hecho aportada por la fiscalía justifica de manera bastante los elementos que conforman el delito.

Claramente el departamento “B” del calle Rebeca Matte N° 510 de esta ciudad era ocupado regularmente como habitación de doña Marta Carrasco Arellano, quién el día de los hechos no se encontraba en la ciudad.

El medio comisivo empleado para lograr concretar el ingreso al inmueble fue el escalamiento en su forma más pura: dos sujetos ingresaron

al edificio en cuestión, para luego al menos uno de ellos trepar por el descanso de la escala, y desde allí forzar la ventana que estaba en el segundo piso del edificio, ingresando a un dormitorio.

Ya en el interior del inmueble, quien o quienes ingresaron procedieron al registro de dos de sus dependencias en búsqueda de objetos de valor, evidenciándose con ello el ánimo de lucro que inspiró a los hechos. Así fue como el tribunal pudo percibir las señales que tal registro dejó en el lugar en las fotografías que se proyectaron en la audiencia así como del testimonio de la víctima y de los funcionarios policiales que ingresaron luego al lugar, signos que dan cuenta de una búsqueda de especies, y no de destrucción o vandalismo, descartando con ello otra motivación como podría ser la de dañar, invadir la propiedad o usarla, concluyendo así que la intención de los actores, fue sacar una ventaja patrimonial del apoderamiento de especies muebles.

La sustracción de especies muebles desde la esfera ideal de resguardo que para ellas tenía su propietaria, no se concretó, pues al ser sorprendidos los sujetos merodeando el edificio y escalando hacia el interior de uno de sus departamentos, se retiraron del lugar. Lo anterior permite estimar que el grado de desarrollo del delito resultó tentado, toda vez que los hechos dieron principio a la ejecución mediante acciones aptas y encaminadas a tal fin, pero faltó un elemento para la concreción del delito, a saber, la apropiación efectiva de especies.

DÉCIMO: Establecida la comisión del delito, corresponde explicar las razones por las que se determinó que a los dos acusados les correspondió la calidad de coautores en el establecido ilícito.

Los testigos pudieron reconocer en la audiencia que las fotografías de las personas que se proyectaron en la sala, mismas que se tomaron la madrugada del día en cuestión a los dos acusados, correspondían a las personas que vieron en el edificio de Rebeca Matte, ya sea en diferentes pisos del inmueble intentando forzar alguna de las ventanas para ingresar, una de ellas con parte de su cuerpo en el interior de un departamento y luego saliendo al advertir que eran observados, saltando el cierre perimetral del inmueble y atravesando por su acceso principal.

Fue así como don Francisco Hernández sostuvo que al poco tiempo de haber llamado uno de los jóvenes a carabineros, ellos llegaron a la botillería de la esquina con dos personas detenidas, reconociéndolas como aquellas que salieron del Edificio. Frente a las fotos de los acusados que se proyectaron en la audiencia, reconoció al más bajo de ellos - Hernández Carrasco - como al que vio saltar por el muro, mismo al que también vio forcejeando las ventanas del edificio, en tanto que al más alto - Cabrera Egaña - lo identifica como uno de los que se esforzaban por abrir una ventana. Por su parte Arancibia Cárdenas reconoce en esas mismas fotos a las personas que identificó esa noche, y cuya ropa describió antes de ser proyectada. El testigo Quinteros Jofré en tanto, reconoce en la fotografía al más

pequeño como el que estaba en la ventana y luego salió del edificio, y si bien no pudo reconocer en la fotografía a Cabrera Egaña como la misma persona alta a la que hizo referencia en sus declaraciones, sostuvo que la ropa con que vestía era similar a la de la persona que describió a carabineros. Los funcionarios policiales no tuvieron problema para reconocer en la audiencia, a Hernández Carrasco como aquella persona que fuera detenida por el Cabo Rivas cerca del Edificio y a Cabrera Egaña como también aprehendido cuando transitaba solo por las inmediaciones del lugar, sobre la base de las descripciones físicas y de vestuario que hicieron quienes denunciaron el hecho a la Central.

Tales reconocimientos presentan características de verosimilitud que sirvieron de aval para que el tribunal, llegare a la convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, que a Rodrigo Fernando Cabrera Egaña y a Juan Manuel Hernández Carrasco les ha cabido participación en calidad de autores del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación establecido en el motivo octavo de esta sentencia, por haber intervenido en su perpetración de una manera inmediata y directa.

Si bien el acusado Cabrera Egaña fue visto por el testigo Hernández forcejeando una de las ventanas de un departamento, en tanto que los restantes testigos sólo pudieron ver a ese acusado cuando se retiraba del lugar junto a Hernández Carrasco, puede lógicamente deducirse que no fue visto por los otros testigos en las mismas actitudes que Hernández, -

intentando abrir ventanas y haciendo gestos amenazadores - porque precisamente en ese breve lapso de tiempo que medió entre que fuera notado por Francisco Hernández afuera en las escaleras y cuando fuera avistado por los otros jóvenes saliendo por la puerta tras Hernández Carrasco, permanecía en el interior del departamento "B", registrándolo. A tal conclusión lógica se une el reconocimiento del acusado Cabrera, quién admitió haber ingresado al departamento por vía no destinada al efecto, corroborando la certeza del tribunal sobre su participación en los hechos.

UNDÉCIMO: La defensa sostuvo como principal argumentación en pos de la absolución de sus representados que ellos, si bien dieron principio a la ejecución de los hechos típicos acreditados, desistieron de su objetivo final, siendo tal abandono una situación voluntaria, y por lo mismo no punible. A fin de probar tal circunstancia se valió de las propias declaraciones de los testigos presenciales de cargo, así como del testimonio de los acusados.

Sobre los dichos de los primeros, analizando los tiempos que mediaron entre que admiten haber visto a sus representados en las inmediaciones del edificio saliendo del mismo, y aquel tiempo y lugar en el que fueron detenidos cada uno de ellos por separado por carabineros, concluye que los acusados sólo fueron vistos cuando hacían un abandono voluntario del departamento de la víctima, habiendo desistido por propia iniciativa de su propósito criminal. De igual forma razona que si efectivamente hubieren

sido sorprendidos por los transeúntes, teniendo posibilidad de haber huido del lugar por el tiempo que pasó desde que fueron vistos, no habrían sido aprehendidos cerca del lugar, caminando separadamente, circunstancias ilógicas si se tratara de una real situación de interrupción de la acción criminal.

Como una forma de abonar tal interpretación de los hechos, los acusados renunciaron a su derecho a guardar silencio. **Rodrigo Cabrera Egaña** exhortado a decir verdad relató que en la noche del día 29 se encontró con Juan Hernández y juntos bajaron hasta el parque Croata, lugar en que bebieron e iniciaron una discusión por una situación de infidelidad en que estuvieron involucrados él y la mujer de Hernández, años atrás mientras éste último estaba en prisión. Asustado por la actitud violenta de Hernández, él huyó ingresando al edificio de calle Rebeca Matte, escondiéndose en los estacionamientos del mismo, hasta que al ver que Hernández venía armado con piedras e intentaba entrar, decide refugiarse al interior de uno de los departamentos. Para ello subió por las escaleras y pudo ver que la ventana de un dormitorio estaba entreabierta, ingresando por ella al departamento. En el interior, decidió registrar el lugar para buscar un elemento con el que defenderse de quién lo seguía, un palo o algo así. En el departamento reconoció los expedientes que había en una pieza y se asustó, pues acababa de cumplir una condena y no quería volver a la cárcel, decidiendo salir del lugar por la misma ventana por la que entró. Él sabía que el edificio en cuestión era

ocupado por los Ministros de la Corte, porque conoce el sector desde niño – precisa sus padres viven un poco más arriba – y su hermano Carabinero, alguna vez le contó que en el lugar había un “punto fijo”, por lo cual su intención al entrar nunca fue la de robar, sino protegerse del ataque de Hernández. Ya fuera del edificio le dijo a Juan que se calmara y se fueron caminando juntos hasta la bomba Copec cercana al lugar, sitio en el que volvieron a discutir un buen rato – en el lugar los habrían visto bomberos de la bencinera que inclusive intervinieron -, separándose después cerca de una punta diamante que hay más al sur de Rebeca Matte, lugar en el que esperaba colectivo para ir a su casa cuando fue detenido. Reconociendo su prontuario, y a pesar de sus limitaciones físicas (la advertida falta de un par de dedos en una de sus manos), insistió en que si hubiera tenido un interés real en robar en el departamento al que entró, bien podría haberlo hecho.

Juan Hernández Carrasco también renunciando a su derecho a guardar silencio admitió los mismos hechos que el otro acusado. Explicó que esa noche juntos fueron a la playa y en ese lugar, ya bebidos, Cabrera le confesó que su mujer y él lo habían engañado el año 1.998 cuando estaba en la cárcel. Él se enfureció y tomó unas piedras mientras Cabrera Egaña corría más adelante por avenida Ejército e ingresaba al edificio de Rebeca Matte, entró al edificio saltando la reja y subió por las escaleras buscando a Cabrera. En ese momento unas personas que pasaban por Rebeca Matte lo vieron y les dijo algo así como “que miran tales

por cuales”, y saltó por el mismo lugar que entró. Ya en la calle se fue discutiendo con Cabrera hacia la bomba, después de un rato caminaron hacia el sur pasando de nuevo por el edificio, llegando hasta la punta de diamante más al sur, donde dejó a Cabrera y él volvió caminando hacia el norte, deteniéndolo carabineros en Avenida Ejército por haber estado gritando afuera del edificio donde viven los Ministros. No reconoce haber ingresado a alguno de los departamentos, admitiendo solo que ingresó al edificio siguiendo a Cabrera para agredirlo, pues si su intención hubiere sido otra, al ser visto por las personas que pasaban por el lugar, se hubiera ocultado y no les hubiere insultado.

DUODÉCIMO: Al respecto, como cuestión previa, recordemos que en nuestro ordenamiento el artículo 7 inciso final del Código Penal, estima que hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltando uno o más para su complemento.

En tal medida, el agente inicia las acciones que se requieren para la consumación de un delito, pero por un motivo propio o ajeno a su voluntad no concreta el objetivo. El desistimiento puede entonces, ser una de las causas por las que el designio criminal no se concreta, y a su respecto, la doctrina de manera uniforme se inclina por eximir de responsabilidad a quién, habiendo iniciado la comisión de un delito, abandona voluntariamente su propósito.

Las razones que se han esgrimido para justificar el privilegio del

desistimiento son múltiples. Sólo de manera ejemplar entre los alemanes, la “teoría del fin” de la pena (Lang – Hinrichsen), sostiene que en el desistimiento voluntario un castigo nunca se encontraría cubierto por un posible fin de la pena, pues ni las necesidades de prevención general o especial, ni la retribución por la culpabilidad exigirían su castigo. Binding - en el grupo de las llamadas “teorías jurídicas” (Rechtstheorien) -, deduce que la deserción voluntaria de la consumación elimina la causa de un resultado perjudicial, y consecuentemente, su antijuridicidad. En una perspectiva de política criminal, la llamada “teoría del puente de oro” se asienta en la idea de ofrecer un estímulo al autor para que se aleje de la consumación del delito, siendo el premio, que el desistimiento voluntario no sería penado, pronunciándose en tal sentido Franz v. Liszt, Feuerbach, Puppe, y en una versión más actual Weinhold. Feuerbach precisó que “si el Estado no deja impune a persona que se arrepiente del hecho ya comenzado, entonces de cierto modo se le apremia para su consumación, y es que el infeliz que se deja arrastrar hasta la tentativa sabe de cualquier modo que nada importante tiene que ganar con su arrepentimiento ni nada significativo que perder con la terminación del hecho”¹. Entre nuestros tratadistas también se ha sostenido que la tentativa desistida operaría como “causa de exclusión de la

¹ 19 Citado por Claus Roxin en “Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en el Derecho penal alemán”. Revista criminalística digital.

pena o de excusa legal absolutoria afectando en particular al que desiste”².

No obstante la posición doctrinaria a la que pueda adscribirse, a fin de justificar la ausencia de conminación estatal de la tentativa desistida, para que ello proceda ha de acreditarse la concurrencia de sus componentes objetivos y subjetivos. En cuanto a los primeros, es menester que el autor hubiese dejado de ejecutar aquellos actos encaminados a la concreción de su fin criminal, en tanto que en el orden subjetivo, tal cese de actividad ha de ser voluntario, es decir, la interrupción en el curso de los hechos nace de su propia y libre determinación, y no por fuerza o necesidades extrañas a aquella.

Como se ha anticipado en la deliberación, estimamos que en el presente caso tales elementos copulativos no se acreditaron.

DECIMOTERCERO: De solo contrastar las consideraciones teóricas reseñadas, con el núcleo central de los hechos estimados como justificados en este caso, podemos concluir que la situación en la que participaron los hechos, no puede ser calificada de tentativa desistida, sino que por el contrario, de tentativa punible.

En primer término los acusados en ningún momento manifestaron que voluntariamente hubieren interrumpido su accionar, por la motivación que fuera, más aún, dentro de sus declaraciones no reconocieron nunca su original propósito criminal, por lo que malamente pudiese entonces sostener su defensa,

que del mismo se arrepintieron o desistieron por propia voluntad. Recordemos que sólo el acusado Cabrera Egaña señaló que estando dentro del departamento “B”, al advertir los expedientes judiciales que había en la habitación, sintió temor de haber ingresado y salió del lugar, luego de haber registrado el closet en busca de algo con que defenderse y de comprobar que ya no estaba a la vista Hernández, poniendo énfasis en su relato que al lugar no entró a robar, sino que para escapar de Hernández quién lo seguía para agredirlo, pues de haber querido robar sabe como hacerlo, como dijo en sus propias palabras, “yo no puedo decir que no se robar cuando mis antecedentes dicen lo contrario”. El registro que llevó a cabo en las dos dependencias del departamento a las que reconoce haber ingresado, sólo fueron realizados con la intención de buscar algún elemento para defenderse, o encontrar otra ventana para salir. Peor aún es la base fáctica sobre la que debe forzar su interpretación la defensa tratándose de Hernández, quién no reconoció ni el ingreso efectivo al departamento, ni mucho menos haber permanecido en sus inmediaciones con un fin vinculado de manera directa o indirecta a la comisión del delito, como podría serlo el servir de apoyo o vigilante de Cabrera, como suele ocurrir en delitos de esta especie. ¿Cómo puede entonces articularse un desistimiento voluntario de una acción que nunca se ha reconocido siquiera iniciada?

Contrario a existir una clara manifestación de abandono o interrupción voluntaria al accionar de los

² Polittoff citado en Texto y Comentario del Código Penal Chileno Tomo I, varios autores, Editorial Jurídica de Chile, pág. 83.

acusados, el tribunal advierte que los hechos son demostrativos de que preparaban la ejecución completa de la sustracción de especies muebles desde el departamento "B" cuando al ser sorprendidos debieron abandonar la actividad apta hasta ese momento para la concreción de su propósito.

Suponiendo que la defensa hubiere invocado – cuestión que no hizo - que sus representados se desistieron de un delito diferente al robo que se les imputó, como el de violación de morada - todo ello inspirado en la relación de hechos y motivos que los acusados expusieron sobre su ingreso al edificio de Rebeca Matte -, tal situación también resulta insostenible e inverosímil. Tengamos presente que al inicio de su declaración Cabrera Egaña dijo que sabía que el Edificio en el que pensaba ocultarse vivían Ministros de la Corte de Apelaciones, dando razones de tal conocimiento. Ya en el interior, en vez de pedir ayuda o la intervención de otros que pudieran hacer desistir a quién lo perseguía para agredirlo – que dicho sea de paso, pareció al tribunal que el supuesto agresor se encontraba en inferiores condiciones físicas respecto de quien se supone debía ser el agredido -, recorre el edificio buscando la forma de entrar a uno de sus departamentos. Pero no sólo recorre el edificio, sino que después de percatarse que un departamento estaba sin moradores (porque vio correspondencia en su puerta), se encaramó sobre el descanso de la escala, terminó de abrir la ventana entreabierta, que pudo ver a más de un metro de distancia en la noche desde la escalera, y apoyándose del marco o base de la ventana,

impulsándose con los pies, logró ingresar por la misma. Ahora si tal desesperado comportamiento resulta temerario y poco razonable para quién venía saliendo pocos días antes desde la cárcel, más ilógico resulta que en el interior del departamento registrara los armarios para encontrar algo con que defenderse de su atacante, no ingresando a la cocina, donde él mismo admitió que podría haber encontrado un cuchillo o algún elemento más apto para tal propósito, porque ya andaba con más temor. Si lo anterior ya resultaba poco creíble, el acusado señaló que asustado salió del departamento y en la calle se volvió a encontrar con Hernández, de quién minutos antes huía con desesperación, yéndose juntos caminando y conversando para resolver sus diferencias. Además de las inconsecuencias señaladas, resta verosimilitud a la declaración del acusado Cabrera el hecho que en un primer momento dijera antes al fiscal que quienes le perseguían eran unos mochileros y no el otro acusado, no siendo convincente las razones de tipo personal que entregó para el cambio de versión.

Sin razón también resultan las explicaciones que Hernández dio para su ingreso al inmueble. Sostuvo que con la intención de agredir a Cabrera ingresó al Edificio, y que luego de buscarlo por un par de minutos en el lugar, saltó por donde entró y Cabrera saltó detrás de él, encontrándose en la calle, desde donde siguieron juntos conversando. Si el acusado siguió a Cabrera hasta dentro del edificio lugar en el que permaneció solo un par de minutos, ¿cómo puede explicar que

testigos lo vieran intentando también entrar por una ventana de un departamento?; si estaba tan enfurecido que persiguió a Cabrera hasta el Edificio para pegarle, ¿cómo es que cuando lo encuentra en la calle no le arremete ni siquiera verbalmente, y ante la vista de testigos se va con él caminando por la Avenida Ejército?.

En definitiva, la interpretación de los hechos que más se ajusta a la lógica, es que Rodrigo Cabrera en compañía de Juan Hernández, entraron al Edificio de calle Rebeca Matte con la clara intención de robar en alguno de sus departamentos, encontrando uno de ellos – el "B" - sin moradores, ingresó el primero escalando por una ventana, a la vez que Hernández Carrasco aguardaba en los pasillos, ya sea para también ingresar después o bien, para facilitar su retirada con las especies de valor que se encontraran.

Claramente lo que los hizo desistir de su intención original, robar, fue el ser advertidos por varios transeúntes. En este punto debemos referirnos a las precisiones sobre los tiempos de tales advertencias que hizo la defensa para sostener que el desistimiento de sus representados fue anterior al ser sorprendidos en el lugar. La defensora calcula que los testigos ven a los acusados solo saliendo por lo que concluye que estos ya se retiraban del lugar por propia iniciativa. Pero olvida en éste cálculo que Francisco Hernández sostuvo que vio a los acusados en dos tiempos distintos: primero cuando bajaba hacia la playa y luego cuando regresaba. El que los otros jóvenes dieran cuenta que Francisco Hernández llegó después que

ellos llamaron a carabineros no se opone a tal conclusión, al contrario, refuerza la idea de que fue el único testigo que pudo ver a los acusados en momentos distintos, al entrar y salir del lugar, y que advirtiendo su presencia, se retiraran del lugar.

La defensa también argumentó que si sus representados hubieran sido realmente sorprendidos no se habrían quedado en las inmediaciones del lugar, a la espera de ser detenidos. También esta es una conclusión que no puede desprenderse de manera inequívoca de los hechos probados. Los testigos estuvieron de acuerdo que desde que vieron a los acusados y llamaron a carabineros, pasaron unos cinco minutos. A su vez, los policías promediaron en unos diez minutos, el tiempo que pasó desde que recibieron el llamado con las señas de los acusados hasta que los detuvieron. En definitiva desde el ingreso de los acusados al edificio y hasta su detención por la policía no transcurrió más de media hora, la suficiente para que una persona se trepara por la escala, abriera una ventana, entrara, registrara algunas habitaciones, sacara objetos guardados desde sus closet, los preparara en un bolso, saliera por la misma ventana que entró, abandonaran ambos el edificio y caminaran hacia el norte y luego al sur siempre cerca del edificio. No creemos que los acusados estuvieron solo por dos o cinco minutos en el lugar, contando así con tiempo suficiente para seguir discutiendo y caminando, como lo afirmaron. Al contrario, la razón nos indica que lo más factible es que la presencia de los testigos observando al sujeto que debió hacer las veces de

vigía – Hernández – forzara a que éste alertara a su compañero, y así se retiraran del lugar juntos, separándose luego, lo que explica también que fueren detenidos por patrullas policiales distintas en tiempos y lugares próximos al edificio en cuestión. Reafirma esta idea la consideración de la actitud de Hernández al ser visto por los jóvenes que llamas a carabineros: ellos dicen que vieron a éste sujeto primero cuando intentaba abrir alguna ventana y desde esa posición les hace un gesto amenazador, luego ellos toman la decisión de llamar a carabineros, entonces intentan un primer llamado sin lograr comunicarse, después vuelven a llamar y consiguen denunciar el hecho, una vez afuera del negocio desde donde llamaron vuelven a ver al Hernández, quién nuevamente les hace un gesto amenazador al tiempo que huía seguido del otro acusado. Así las cosas, no se entiende cómo colegir que los hechos voluntariamente abandonaron el curso de sus acciones, cuando la intervención de los testigos aparece razonablemente vinculada a esa decisión.

En síntesis, no se evidencian del actuar de los acusados elementos subjetivos u objetivos que permitan concluir de manera inequívoca que desistieron por su propia iniciativa de propósito criminal alguno. No se aprecia que los acusados interrumpieran su accionar cuando aún podían hacerlo, sino que más bien, lo hicieron ante el hecho inminente de ser detenidos en el interior del departamento, o bien, pospusieron la concreción de su propósito una vez para cuando ya no fueran advertidos, lo que explica la

disposición como algunas cosas fueron halladas en el departamento.

Ya en el orden de lo subjetivo, caso resulta imposible en este soslayar la ausencia del elemento volitivo autónomo, necesario y característico de la institución invocada, no apreciándose de qué manera se abandonan las acciones aptas para concretar la apropiación por motivos propios, pues claramente el haber sido sorprendidos los acusados por los testigos es una causa independiente de su voluntad que no permite configurar el desistimiento de la tentativa, sino que por el contrario confirma la posición de que en la especie estamos ante una situación de simple tentativa punible por especial mandato de la ley.

Sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad

DECIMOCUARTO: La defensa, invocó a favor de sus representados la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos. Afirmó que sus representados desde su detención facilitaron la actividad del acusador para logra el establecimiento del hecho y de sus representantes, tanto así que siendo el propio fiscal reconoció que la atenuante. Los actos en que hace consistir tal colaboración son el haber accedido ambos a ser fotografiados el día de su detención para fines de reconocimiento, el que Cabrera Egaña hubiere entregado el calzado que vestía a fin de comprobarse sus huellas con las halladas en el sitio del suceso y el haber prestado ambos declaraciones al fiscal y en el tribunal.

Por su parte el acusador se allanó a tal petición.

DECIMOQUINTO:

Compartiendo la opinión de los intervinientes el tribunal estimó que la actividad desarrollada por los acusados desde su retención por Carabineros hasta la audiencia del juicio, facilitó el establecimiento del delito, así como también permitió destruir la presunción de inocencia que los beneficiaba, razón por la cuál se accederá a lo peticionado por la defensa.

DECIMOSEXTO: La defensa de los acusados también invocó a su favor la procedencia de la atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Penal, esta es, haber procurado con celo reparar el mal causado. En tal sentido hizo presente que previo al juicio las partes acordaron como convenciones probatoria que los imputados pusieron a disposición de la víctima la suma de \$20.000 en dinero en efectivo, para ser entregado a la víctima con el fin de reparar con celo el mal causado.

DECIMOSÉPTIMO:

Desde una perspectiva de política criminal esta se configura como una atenuante ex post facto, que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer de esta forma la reparación privada posterior a la realización del delito. De tal manera ésta circunstancia pretende premiar e incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas por parte del propio responsable del hecho delictivo, quién procura así reparar o curar el daño que su accionar ha causado. Simultáneamente la colaboración

voluntaria de los autores puede ser valorada como un inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena. En tal sentido, la reparación también debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no se trata de conceder efecto atenuatorio a una consignación simplemente formal que sólo pretenda buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin que la misma contribuya a la efectiva reparación del daño ocasionado.

En este caso particular, si bien la referida consignación pudiere estimarse exigua, ponderada con relación al mínimo daño patrimonial que el delito causó a la víctima que no sufrió pérdida efectiva por actividad depreparatoria alguna, atento el grado de ejecución del delito, unido al hecho que la misma se verificó al tiempo que los acusados se encontraban reclusos en prisión preventiva, según se da cuenta el auto de apertura del juicio, circunstancia que permite lógicamente suponer que la suma consignada fue obtenida con mayor dificultad, fueron razones para estimar que se configuraba en la especie el elemento sustancial de esta atenuante, consistente en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos.

DECIMOCTAVO: Por otra parte, el Ministerio Público solicitó que para el caso de condena, se considerara como circunstancia agravante que perjudicaba a ambos acusados la del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, a saber, la de pluralidad de malhechores, la que en el sentido mayoritario de la Jurisprudencia y doctrina cuyo parecer comparte éste

tribunal, sería equivalente a múltiples agresores, sin que importe el historial de los mismos. Así considerada se estima del caso que procede para agravar la pena impuesta como base al delito, pues resulta que el actuar de los acusados ha aumentado de manera evidente la peligrosidad de su conducta, y la agresividad con que vulneraron las esferas de resguardo y custodia adoptadas por la residente del inmueble afectado.

DECIMONOVENO: También sostuvo el Ministerio Público que perjudicaba a ambos acusados la agravante de reincidencia propia contemplada en el artículo 12 N° 16 del Código Penal. Para justificar la procedencia de la misma, incorporó los siguientes documentos: 1) Extracto de filiación y antecedentes del imputado Rodrigo Fernando Cabrera Egaña; 2) Copias autorizadas de las sentencias de primera y segunda instancias, dictadas en la causa rol 38.392-5 y acumuladas, del Primer Juzgado del Crimen de Antofagasta, con certificado de estar ejecutoriada; 3) extracto de filiación y antecedentes del imputado Juan Manuel Hernández Carrasco; 4) Copias autorizadas de la sentencia dictada en los autos rol 31.645-5 del Cuarto Juzgado del Crimen de Antofagasta, con certificado de estar ejecutoriada; 5) Copias autorizadas de las sentencias de primera y segunda instancias dictadas en los autos rol 67.918-4 del Segundo Juzgado del Crimen de Antofagasta, con certificado de estar ejecutoriada y 6) Oficio ordinario N°1.041 de fecha 12 mayo 2003 emitido por el señor Alcaide del Centro de Cumplimiento Penitenciario de

Antofagasta, sobre cumplimiento de condena de los imputados Cabrera Egaña y Hernández Carrasco.

De los anteriores documentos puede colegirse que el acusado Cabrera Egaña fue condenado a la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo, por un delito de robo en lugar no destinado a la habitación ocurrido el 27 diciembre 1998, en tanto que el acusado Hernández Carrasco también resultó condenado por un delito de robo en lugar no habitado en grado de frustrado, ocurrido el 26 septiembre 2000, sanciones impuestas que el primero de los nombrados cumplió efectivamente, y que al segundo se le dio por cumplida por el mayor tiempo que permaneció privado de libertad por cautelar en su oportunidad.

Cumpléndose para ambos el presupuesto de hecho, procede la aplicación de la agravante solicitada, al haberse establecido que son reincidentes en delito de la misma especie. Si bien, aún cuando pudiere discutirse que no son delitos de la misma especie el robo con fuerza en lugar no destinado a la habitación y el mismo cometido en lugar no habitado, controversia que no se suscitó, han de entenderse como delitos de la misma especie, el bien jurídico protegido base afectado en ambos casos revela un grado de habitualidad o especialidad del agente que es lo que el legislador considera motivo de agravación.

Por las razones expuestas se estimó que la agravante invocada ha de ser estimada procedente.

VIGÉSIMO: Por aplicación de la regla establecida en el artículo 450 del Código Penal, estando el delito en

grado tentado, se castigará como consumado. Perjudicando a cada acusado dos agravantes y a su vez beneficiándoles dos atenuantes, las primeras se compensaran con las segundas, correspondiendo aplicarles a cada uno de ellos una pena de presidio mayor en su grado mínimo, la que se determinará en su tramo inferior por la menor extensión del daño producido por el delito.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 n° 7 y 9, 12 n° 16, 14, 15 n° 1, 18, 25, 28, 29, 50, 67, 69, 432, 440 n° 1, 456 bis N° 3 del Código Penal; 295, 297, 325 y siguientes, 340, 342 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

I. Que se condena a Rodrigo Fernando Cabrera Egaña y a Juan Manuel Hernández Carrasco, ya individualizados, a sendas penas de **cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo**, y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena como coautores del delito de robo con fuerza en lugar habitado, en grado tentado, en perjuicio de doña Marta Carrasco Arellano, perpetrado en esta ciudad el 30 de abril de 2.003.

II. Que se condena a ambos acusados, al pago de las costas de la causa, por partes iguales.

III. Que atendida la extensión de la pena corporal impuesta, no se concede los sentenciados ninguno de

los beneficios contemplados en la ley 18.216 por lo que deberán cumplir efectivamente la sanción privativa de libertad que les ha sido impuestas, las que se les empezarán a contar al acusado Cabrera Egaña desde el 30 de abril de 2003, fecha desde las cuales se encuentran ininterrumpidamente privado de libertad. Para el caso del acusado Hernández Carrasco se le empezará a contar desde el 16 de septiembre pasado, sirviéndole de abono todo el tiempo que hubiere permanecido privado de libertad por esta causa, conforme a los antecedentes jurisdiccionales determine el señor juez de ejecución de la pena.

IV. Devuélvase al Ministerio Público los objetos y demás antecedentes incorporados durante el juicio.

V. Oficiese, en su oportunidad, a los organismos que corresponda para hacer cumplir lo resuelto y remítanse los antecedentes necesarios al señor Juez de Garantía de la causa para la ejecución de la pena.

Regístrese.

Redactada por la Juez Carla Paz Troncoso Bustamante.

Rit N° 102-2.003

PRONUNCIADA POR LAS JUECES DEL TRIBUNAL DEL JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA LORRAINE GIGOGNE MIQUELES, VIRGINIA SOUBLETTE MIRANDA Y CARLA TRONCOSO BUSTAMANTE.

- **Condena a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de robo por sorpresa en grado de frustrado.**

Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de robo por sorpresa. Alegó, además, la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal. La Defensa sostuvo que se trataba del delito de estafa residual contemplado en el artículo 473 del Código Penal, el cual sólo habría quedado en grado de tentado. Indicó, también, que podría haber un hurto tentado. Ello porque el acusado intentó apropiarse del dinero de la víctima mediante un engaño usando la treta del "balurdo". Invocó la atenuante especial del artículo 456, por cuanto la víctima recuperó el dinero. El Tribunal, en voto dividido, desestimó las alegaciones de la Defensa, porque si bien en un comienzo la actividad desplegada por el imputado tendió a apropiarse del dinero mediante engaño, finalmente el intento de apropiación fue mediante un arrebato sorpresivo ante la desatención de la víctima. También rechazó la atenuante alegada, porque la devolución no fue voluntaria, sino producto de la acción del ofendido. Finalmente, tampoco acogió la agravante alegada por la Fiscalía, porque la receptación no es un delito de la misma especie al ser un ilícito que atenta contra la administración de justicia. El voto de minoría consideró que se trató de una estafa tentada y de un hurto frustrado, así como que sí concurría la agravante alegada por ser todos delitos contra la propiedad.

Texto completo:

Antofagasta, ocho de noviembre del año dos mil tres.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, con fecha tres del presente mes y año, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, constituido por la Juez Presidente de la Sala Lorraine Gigogne Miqueles, las juezes Gabriela Soto Chandía y Virginia Soubllette Miranda, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa rol único 0300110450-K, rol interno del tribunal N° 109-2003, seguida en contra de **OSCAR ARTURO ELGUETA PÉREZ**, cédula nacional de

identidad N° 6.839.297-7, chileno, comerciante, 49 años, nacido el 8 de octubre de 1954, domiciliado en la ciudad de Iquique, con antecedentes anteriores.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por la Fiscal Adjunto, señora Gloria Baltazar Cayo, asistida por la abogada señora Andrea Faret Casas-Cordero, domiciliadas en calle Condell N° 2235 de Antofagasta.

La defensa del imputado estuvo a cargo del Defensor Penal Público, señor Rodrigo Araya Peña,

domiciliado en calle Balmaceda N° 2536, piso 3°, Antofagasta.

SEGUNDO: Que, el Ministerio Público al deducir acusación en contra del acusado, según se lee en el auto de apertura de juicio oral, la fundó en que el día 16 de julio del 2003, aproximadamente a las 11:20 horas, después que la víctima, Juan Segundo Morgado Contreras, cobrara un cheque por la suma de \$480.000 en dinero efectivo, en las oficinas del Banco Santander de esta ciudad, en circunstancias que transitaba por calle Prat, fue abordado por el acusado instantes después que otra persona no individualizada lanzara al suelo el bulto que contenía supuestamente billetes, señalándole el acusado a la víctima que lo acompañara, dirigiéndose ambos hasta calle Latorre, entre Maipú y Uribe, llegando repentinamente un individuo señalando que se le había perdido dinero y que sus billetes estaban marcados, por lo que el acusado hizo el ademán de exhibir la billetera y billetes que portaba al mismo tiempo que le indicaba a la víctima que hiciera lo mismo, lo que ésta hizo, momento que aprovechó el acusado para arrebatarle el dinero que tenía en la mano, esto es, la suma de \$480.000 en dinero efectivo, al mismo tiempo que le decía que lo llevaría a Carabineros y que se quedara con el bulto encontrado, produciéndose un forcejo entre la víctima y el acusado, debido a que el primero intentaba recuperar su dinero y el acusado intentaba darse a la fuga, lo que finalmente logró, tirando el dinero a la acera, el que fue recogido por la víctima resultando ésta con lesiones leves en la muñeca, brazo y mentón.

Posteriormente el acusado fue conducido a la Tercera Comisaría de esta ciudad por un conductor de taxi colectivo, quien lo sindicó como la persona que momentos antes había robado a otra, llegando instantes después la víctima a dicha Comisaría, quien reconoció en forma inmediata al acusado.

A juicio del Ministerio Público los hechos descritos configuran el delito de robo por sorpresa, previsto y sancionado en los artículos 432 y 436 inciso segundo del Código Penal, en grado de frustrado, atribuyéndose al acusado una participación en calidad de autor del mismo.

Señala la fiscal que no beneficia al acusado atenuante alguna y que le perjudica la agravante de reincidencia específica prevista en el artículo 12 N° 16 del Código Penal. Finalmente solicita se aplique la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos mientras dure la condena y costas de la causa.

TERCERO: Que, la defensa del acusado en sus alegatos de apertura y clausura manifestó que no estamos en presencia de un robo por sorpresa, sino de un tipo penal distinto. Estos hechos –manifiesta- constituyen una estafa residual que contempla el artículo 473 del Código Penal, en grado tentado, de manera que corresponde rebajar la pena en dos grados, quedando así en una de prisión en su grado medio y una multa, la que

también debe ser rebajada de acuerdo al grado de desarrollo del delito.

Así también, indicó que podría existir un delito de hurto contemplado en el artículo 446 N° 2 del Código Penal el que también se encontraría en grado de tentado, aún cuando el iter criminis lo asimila al delito en carácter de consumado.

Señaló además, que concurre a favor de su defendido la circunstancia atenuante especial establecida en el artículo 456 del citado cuerpo legal, la que fundamenta en que su defendido devolvió voluntariamente la especie sustraída antes de ser perseguido, por lo tanto la pena que debe aplicarse es inferior en un grado a la señalada por la ley, correspondiéndole una pena de 61 a 540 días y; encontrándose privado de libertad desde hace 111 días corresponde dar por cumplida la pena a la cual sea condenado y las multas se den por satisfechas en atención al mayor tiempo que ha estado privado de libertad

El imputado hizo uso a su derecho a guardar silencio en el juicio.

CUARTO: Que, el delito por el cual se dedujo acusación requiere la apropiación de dinero u otras especies que el ofendido lleve consigo cuando se proceda entre otros casos, como el que nos ocupa, por sorpresa o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión.

QUINTO: Que, para la acreditación de la apropiación de dinero o especies que el ofendido llevaba consigo, el Ministerio Público hizo comparecer al ofendido, Juan Segundo Morgado Contreras, quien manifestó que el día 16 de julio del 2003, en horas

de la mañana, fue a cobrar un cheque al Banco Santander, ubicado en calle Prat de esta ciudad, por la cantidad de \$480.000 el cual le fue cancelado en 20 billetes de \$20.000 y 8 de \$10.000, suma que si bien pertenecía a su yerno, en ese momento él la tenía a su cargo, de manera que era suya, y debía pagar las cuentas de Sodimac, Falabella, luz, agua y Ripley, pagos que en total ascendía a \$350.000 aproximadamente. Luego, caminó por calle Prat en dirección a Ripley y en el trayecto vio que a una persona se le cayó un bulto al suelo, alcanzó a decirle "oiga", cuando se le acercó otro individuo manifestándole que no se preocupara porque esa persona, a quien se refirió con un garabato, tenía mucha plata, y lo llamó para conversar, él se devolvió y lo siguió, no sabe si "por ignorancia, estupidez o quizás codicia". Caminaron por calle Latorre, el sujeto le contó que tenía su camioneta en pana más arriba, le pidió que lo acompañara y durante el trayecto le habló de su guagua enferma. Habían caminado como dos cuadras y él le dijo que estaba muy lejos la camioneta, en ese instante, por atrás apareció un señor de estatura baja y contextura gruesa, les dijo que, según le habían avisado, unos mochileros encontraron un dinero que a él se le cayó, se pararon y el señor agregó que ese dinero estaba marcado, lo tenía asegurado porque poseía varios negocios, entonces el sujeto que lo acompañaba dijo "esta es mi plata, no está marcada, muestra la tuya". Desde su bolsillo izquierdo sacó los \$480.000 que había cobrado en el banco y el sujeto de inmediato se los arrebató, y levantó la mano con la que tomó el

dinero, él se la afirmó con una de sus manos, con la otra le tomó la camisa y empezó a gritar que le estaban robando su plata, se produjo un forcejeo entre ambos, rompiéndose la camisa del sujeto, quedando él con un trozo en la mano, así logró que soltara el dinero, procediendo a huir del lugar, recogiendo él de inmediato su dinero del suelo. Dijo que había mucha gente pero no se acercaron, una señora le dijo que se sentara, momento en el cual llegó Carabineros, quienes lo llevaron a la Comisaría; allí vio que un funcionario policial tenía al mismo sujeto parado afuera, ambos se reconocieron y aquél le dijo con garabatos que ya le había dejado su plata y que no sabía con quien se estaba metiendo. Señaló que Carabineros lo llevó al Hospital por las lesiones que tenía, producto del forcejeo con el sujeto, una herida en la muñeca de aproximadamente 3 centímetros y hematomas en el mentón. Luego regresó a la Comisaría.

Asimismo indicó, que cuando tenía bloqueado al individuo, éste le decía que lo esperara porque iba a Carabineros a verificar que su dinero no estaba marcado, pero -según señaló- se hubiera pasado de "inocente" al quedarse esperándolo ahí, "por eso lo atajó".

Del mismo modo preguntado por la Fiscalía, si habría sacado su dinero para el caso que alguien se lo hubiera dicho, respondió que no.

Expresó que cuando el individuo tomó el bulto desde el suelo y lo puso en el interior de una bolsa pequeña con cordel o pita, tipo saco, él no sabía lo que contenía, pero se

imaginó que eran billetes porque alcanzó a ver el de arriba.

Contrainterrogado por el defensor en cuanto a lo que quiso decir al señalar que una de las razones por las cuales aceptó acompañar al sujeto que llevaba el bulto era por "codicia", respondió que si bien la conversación que sostuvieron durante el trayecto no fue del dinero, sino sobre la camioneta que tenía en pana y la enfermedad de la niña, "la curiosidad y tontera lo llevó a seguirlo, iba a ver como se desarrollaban los hechos para tener algo que contar, creyendo que no le iba a pasar nada".

Por último, preguntado por la señora Fiscal acerca de su estatura, manifestó que mide 1,62 metros y que la persona que le arrebató el dinero medía aproximadamente 1,80 metros.

El Ministerio Público presentó, además, el testimonio del funcionario de Carabineros Juan Carlos Sanhueza Muñoz, quien expresó que su función consiste en llevar todos los días documentación a la Prefectura y a la zona y, precisamente el día 16 de julio del 2003 concurrió junto al conductor a la Tercera Comisaría, ingresó el primero de ellos, quedando él afuera para cuidar el carro en cuyo interior manejan equipos y armamento largo, de manera que no lo pueden dejar solo; en ese instante se detuvo un colectivo y tanto el conductor como un pasajero del mismo, le manifestaron que el caballero que iba sentado al medio, había asaltado a otro, lo hizo bajar y le preguntó que había pasado, respondió que había sido "un mal entendido". Señaló que le llamó la atención que llevaba la camisa abierta, rasgada, sin botones, era de color

crema-amarillo, además se encontraba agitado, se notaba que había hecho un esfuerzo fuera de lo normal, le dijo que esperaran un rato mientras el chofer fue a buscar al afectado. Manifestó que iba a hacerle un control de identidad cuando llegó un caballero con dos Carabineros y al verlos dijo: "él fue el que me robó", ingresaron a la Comisaría, le leyó sus derechos a la persona que estaba con él, y entregó el procedimiento al Suboficial de Guardia.

Agregó que en la guardia de la Comisaría, cuando preparó la documentación se percató que había un paquete de billetes.

Contrainterrogado por el defensor, manifestó que la persona a la cual hizo referencia fue detenida después que llegó el ofendido con los dos Carabineros y manifestó que era quien le había robado, antes no, porque a él no le constaba lo que había hecho.

También declaró el funcionario policial Jesús Correa Cerda, quien expresó que el 16 de julio del año en curso, se encontraba como suboficial de primera guardia de la Tercera Comisaría, cuando llegó el funcionario de Carabineros Juan Carlos Sanhuesa con un sujeto, manifestando que el conductor de un taxi colectivo le señaló que momentos antes había cometido un robo y que iba a buscar a la víctima. Al momento de llegar esta última –una persona de edad- con otro funcionario de Carabineros de la Tenencia de Baquedano, en un pasillo de la unidad reconoció al acusado como quien le había quitado su dinero, mismo que le entregó en ese momento, no recordando si fue él o el funcionario de Carabineros quien le entregó dos

pequeñas bolsas de género con un fajo en su interior que simulaba ser de billetes; la víctima, además, entregó un pedazo de camisa de color amarillo, correspondiente a la mitad de la parte delantera de la misma, con su bolsillo.

Expresó que el ofendido señaló que había sido abordado por el sujeto quien le preguntó si llevaba dinero y, al mostrarle la suma que hacía poco rato había sacado del Banco, se lo quitó de la mano produciéndose un forcejeo, gritó, y al ver que no podía "zafarse" del ofendido, el sujeto arrancó, pero antes tiró la plata al suelo y tomó un colectivo. El ofendido al momento de llegar a la unidad, mostraba una lesión, lo que según señaló se produjo como consecuencia del forcejeo que al parecer le habría provocado su reloj, con el que se cortó la mano izquierda.

Refiriéndose al dinero que le fue entregado por la víctima, indicó que no recordaba bien la suma, pero la Fiscalía al refrescar memoria con su declaración prestada en esta última, recordó que eran \$480.000, dijo que se hizo la cadena de custodia y junto con las especies se envió a la Fiscalía.

Contrainterrogado por la defensa acerca de si sabía en que consistía la treta del balurdo, expresó que su objetivo era engañar a una persona de la siguiente manera: pasa alguien, deja caer una bolsa, el socio la recoge y hace creer a la víctima que en ella hay una gran cantidad de dinero y le dice que por apuro se quede con esa plata y le pase la suma de dinero que lleva consigo.

Declaró, además, el funcionario policial Rodrigo Villalobos Castañeda, quien manifestó que el 16 de julio de

2003, en horas de la mañana, iba a dejar documentación a la Fiscalía Local y mientras caminaba con el Carabiniero Guerra por calle Uribe, al llegar a Latorre, se acercaron unos transeúntes a pedirle ayuda porque una persona había sido víctima de un robo. Se dirigió al lugar que le habían indicado y vio a un caballero de edad en cuclillas, se puso de pie, dijo que había sido víctima de un robo, tenía lesiones en la mano y se veía agitado, nervioso, tenía sangre en la mano. Su colega Guerra le pasó unas bolsas que contenían al parecer dinero; la víctima manifiesta que le habían tratado de sustraer su dinero del bolsillo y que las personas se habían dado a la fuga por calle Latorre, lo trasladaron a la Tercera Comisaría, lugar donde otro funcionario policial se encontraba con un sujeto de frente, el cual fue reconocido de inmediato como autor del delito por el señor a quien acompañaba, le leyeron los derechos, lo trasladaron a la guardia. Era alto, llevaba pantalón café y una vestimenta clara. Escuchó que esa persona lo amenazó con agredirlo y tratarlo mal. Dijo que él llevaba unas bolsas a cuadrillé color azul que contenían al parecer dinero, en la Comisaría las abrieron, percatándose que eran papeles de color plomo, la víctima además, entregó un trozo de género de color claro, amarillo, era como el borde de una camisa, que según dijo le había desgarrado al imputado.

Precisó que las bolsas que tenían el fajo se las pasó su colega el Carabiniero Guerra, pero que él no sabe si las recogió o bien se las entregó la víctima.

El Ministerio Público exhibió durante la audiencia dos fotografías en las que aparecen billetes de \$20.000 y \$10.000, trozos de papel de diario cortados en forma de billetes con un billete en su extremo, dos pequeñas bolsas de género color azul cuadrículadas, una camisa color amarillo, marca Barneys, a la cual le falta la parte delantera y, un trozo de género de igual color, que al parecer corresponde a la misma, especies que fueron reconocidas por los testigos.

El testimonio de la víctima ha parecido objetiva y subjetivamente creíble y acorde, además, al relato de los funcionarios policiales que declararon en la audiencia.

De esta manera, el ilícito de apropiación de especies –dinero- que la víctima, Juan Segundo Morgado Contreras, llevaba consigo, concurre por el apoderamiento de éste, el que se efectuó en la forma señalada por el ofendido, en forma rápida, sorpresiva, sin aviso alguno y, por los dichos de los funcionarios aprehensores que tomaron conocimiento con posterioridad, a quienes el ofendido les relató los hechos. Tal acción se ejecutó sin su voluntad como queda de manifiesto al proceder el sujeto a distraer la atención del afectado en cuanto le indicó que mostrara el dinero que portaba, lo que al hacerlo le permitió en forma rápida e inesperada arrebatarlo de su mano y levantar la suya con el mismo, para impedir que la víctima lo recuperara, produciéndose un forcejeo entre ambos, pues la víctima sostuvo fuertemente al acusado de la camisa, la que se rompió, hasta que el acusado arrojó el dinero al suelo y huyó del lugar.

Por último, el ánimo de lucro exigido se infiere de las características de los hechos que dan cuenta de la ganancia o beneficio que resulta para el sujeto de la apropiación de la especie – dinero- en la forma señalada.

SEXTO: Que, la sorpresa y maniobras destinadas a causar confusión para el delito, se acredita especialmente con las declaraciones de la víctima, Juan Segundo Morgado Contreras, quien ha parecido verosímil en su declaración, en cuanto a la forma de comisión del delito y sus circunstancias accidentales, dando cuenta pormenorizada del accionar desplegado por el hechor para apropiarse del dinero que portaba entre sus ropas, mediante un arrebato que le permitió obtenerlo repentinamente.

En efecto, el testigo Juan Morgado manifestó que el día de los hechos, en horas de la mañana, fue a cobrar un cheque al Banco Santander, ubicado en calle Prat de esta ciudad, por la cantidad de \$480.000 el cual le fue cancelado en 20 billetes de \$20.000 y 8 de \$10.000, suma que pertenecía a su yerno, pero que en ese momento él la tenía a su cargo, de manera que era suya, para pagar cuentas por un monto que en total ascendía a \$350.000 aproximadamente.

Dijo que caminó por calle Prat en dirección a Ripley y en el trayecto vio que a una persona se le cayó un bulto al suelo, alcanzó a decirle "oiga", cuando se le acercó otro individuo manifestándole que no se preocupara porque esa persona, a quien se refirió con un garabato, tenía mucha plata, y lo llamó para conversar, él se devolvió y caminaron por calle Latorre de esta

ciudad, el sujeto conversaba que tenía su camioneta en pana más arriba, le pidió que lo acompañara y durante el trayecto dijo que tenía su guagua enferma. Cuando llevaban como dos cuadras, le manifestó que estaba muy lejos la camioneta y en ese instante, por atrás apareció un señor de estatura baja y contextura gruesa y dijo que le habían avisado que unos mochileros encontraron un dinero que a él se le cayó, agregó que estaba marcado, lo tenía asegurado porque poseía varios negocios, entonces el sujeto que lo acompañaba dijo "esta es mi plata, no está marcada, muestra la tuya". Desde su bolsillo izquierdo sacó los \$480.000 que había cobrado en el banco y el sujeto de inmediato se los arrebató sorpresiva y fugazmente, levantó la mano con el dinero, él se la afirmó con una de sus manos, con la otra le tomó la camisa y empezó a gritar que le estaban robando su plata, así el sujeto soltó el dinero, y él lo dejó libre, de manera que huyó del lugar. Cuando llegó Carabineros lo llevaron a la Comisaría, donde vio que otro funcionario policial tenía un sujeto parado afuera, ambos se reconocieron y aquél le dijo con garabatos que ya le había dejado su plata y que no sabía con quien se estaba metiendo. Señaló que lo trasladaron al Hospital por las lesiones que tenía producto del forcejeo con el sujeto.

Por su parte los testigos y funcionarios policiales Juan Carlos Sanhueza Muñoz, Jesús Correa Cerda y Rodrigo Villalobos Castañeda, relataron la forma como tomaron conocimiento de los hechos: Sanhueza Muñoz por los dichos del conductor y un pasajero de

un taxi colectivo; Correa Cerda por encontrarse ese día y hora de suboficial de guardia de la Tercera Comisaría, lugar hasta donde llevaron al acusado; Villalobos Castañeda cuando fue alertado por unos transeúntes de lo ocurrido concurriendo de inmediato al lugar, tomando conocimiento todos, por los dichos del afectado, unido a las evidencias incorporadas por el Ministerio Público.

De lo anterior, aparece que el sujeto consiguió distraer la atención de la víctima, logrando que mostrara el dinero que portaba entre sus vestimentas, y procedió a arrebatárselo, lo que constituye un antecedente más del empleo de la sorpresa como medio de comisión del delito que, de acuerdo a lo sostenido por el profesor don Mario Garrido Montt, radica en la posición de desaprensión en que se encuentra la víctima, lo que le impidió proteger sus pertenencias en el momento en que le fueron arrebatadas, posición que el delincuente simplemente se limitó a aprovechar.

SÉPTIMO: Que, los antecedentes referidos en los motivos anteriores apreciados de conformidad a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, permiten dar por establecido, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos: que el 16 de julio de 2003, alrededor de las 11:20 horas, en circunstancias que Juan Segundo Morgado Contreras transitaba por la vía pública de esta ciudad, luego de haber cobrado en el Banco Santander un cheque por la suma de \$480.000 en dinero efectivo, salió del lugar a la vía pública y se percató que un individuo lanzó un bulto al suelo que

aparentaba contener billetes, siendo abordado en esos instantes por el acusado recogió dicho bulto del suelo y le manifestó que lo acompañara manteniendo un diálogo, caminando juntos, a los menos, dos cuadras, lugar donde otro sujeto se les aproximó repentinamente preguntándoles por unos mochileros que le habrían tomado su dinero, manifestándoles que lo tenía marcado. El acusado le mostró entonces su billetera, otro tanto hizo la víctima que sacó desde su bolsillo izquierdo los \$ 480.000 que portaba y mientras dirigía su atención al referido sujeto, el acusado aprovechó el instante para arrebatárselos y levantar su mano, impidiendo así que la víctima los recuperara, produciéndose un forcejeo entre ambos pues la víctima sostuvo fuertemente al acusado de la camisa, la que se rompió, hasta que el acusado arrojó el dinero al suelo por la oposición del ofendido y luego huyó del lugar.

OCTAVO: Que, los hechos establecidos en el motivo anterior, configuran el delito de robo por sorpresa, en grado de frustrado, previsto y sancionado en los artículos 432 y 436 inciso segundo del Código Penal en relación al artículo 7 inciso segundo del mismo código, supuesto que un sujeto procedió en forma súbita y sorpresiva a apropiarse del dinero que el ofendido portaba entre sus ropas y que le mostró, el que tiró al suelo luego que éste último opusiera tenaz resistencia, impidiéndole de esta manera la consumación del ilícito por causas ajenas a su voluntad. Lo anterior se produjo, previo a un actuar positivo del acusado conformado por la ejecución de una serie de maniobras adecuadas para provocar en

la víctima un estado de confusión tal que debilitara el resguardo de protección de los bienes que estaban bajo su tenencia, para así cogerla desprevenida.

Cabe tener presente que tal como lo ha sostenido el ofendido, el dinero que portaba, si bien era de su yerno, en ese momento estaba bajo su cargo o ámbito de posesión, lo que no es óbice para configurar el delito, conforme ha sido señalado por los autores Quintano Ripolles Antonio en su libro "Compendio de Derecho Penal", Tomo II, parte especial, y Cuello Calón Eugenio en su libro "Derecho Penal", Tomo II, parte especial: "... la rúbrica delitos contra la propiedad es inadecuada porque la gran mayoría de las acciones contenidas bajo la misma no requieren precisamente la violación del derecho de propiedad *stricto sensu*, sino que pueden ser igualmente imaginables contra la posesión hasta en su forma más rudimentaria de mera tenencia de las cosas..."

NOVENO: Que, la participación del acusado en el delito establecido en el motivo anterior, surge del reconocimiento efectuado en el juicio oral por la víctima Juan Segundo Morgado Contreras, quien lo sindicó como el autor del delito, precisando que los hechos ocurrieron el día 16 de julio de 2003 en horas de la mañana, lo vio de cerca, conversaron, caminaron juntos unas cuadras y, hubo un forcejeo entre ambos luego que le arrebatara su dinero. Como consecuencia de éste, quedó él con una parte de la camisa que vestía, la que se rasgó y, posteriormente lo reconoció en la unidad policial, lugar donde incluso lo amenazó.

En cuanto a sus características físicas indicó que se trataba de una persona alta que medía aproximadamente 1,80 metros, -rasgo que el Tribunal observó también en el acusado-.

Sus dichos aparecen corroborados por los funcionarios policiales Juan Carlos Sanhueza Muñoz, Jesús Correa Cerda y Rodrigo Villalobos Castañeda, quienes lo reconocieron en la audiencia como la persona a la que aludieron en sus declaraciones, como aquella que fue sindicada por la víctima y también por un conductor de un taxi colectivo que lo puso a disposición del primero de los nombrados en su calidad de autor de la sustracción de especies de que había sido objeto una persona, que resultó ser precisamente el ofendido, Juan Segundo Morgado Contreras, refiriéndose todos ellos, además, al estado en que se encontraba: agitado, como que había hecho un esfuerzo fuera de lo normal y en cuanto a su vestimenta, llevaba una camisa color amarillo, rasgada, sin botones, sin una parte delantera y que precisamente el ofendido tenía un trozo de género de color amarillo que correspondía a dicha prenda de vestir.

La declaración de los últimos tres testigos, ha parecido plenamente creíble al Tribunal, aportando un relato claro, lógico, consecuente, ordenado cronológicamente en tiempo y espacio, indicando incluso sus características físicas y como vestía el día de los hechos, que se encuentra, además, - como se ha dicho- corroborado por la declaración de la víctima.

De este modo, en contra del acusado se ha tenido en cuenta de manera principal, el expresado

reconocimiento que hicieran en su contra los testigos mencionados, pues se trata de una imputación precisa, directa, consistente y verosímil tanto objetiva como subjetivamente.

Es objetivamente verosímil al encontrarse acorde con los antecedentes de cargo que existen en contra del imputado, especialmente con los dichos de la víctima, particularmente que el sujeto que se encontraba con un funcionario de Carabineros fuera de la unidad policial era quien le había sustraído su dinero.

Por otra parte la imputación efectuada por los testigos es subjetivamente verosímil del momento que no existe ningún antecedente que permita, siquiera suponer, alguna alteración psico-orgánica para dudar de su credibilidad por presentar tendencias fabuladoras o fantasiosas.

De este modo, los antecedentes analizados llevaron unívocamente a establecer la convicción, más allá de toda duda razonable, que el acusado intervino en la ejecución del delito establecido, de una manera inmediata y directa, esto es, como autor del mismo.

DÉCIMO: Que, corresponde desestimar el argumento de la defensa en cuanto a la existencia de un delito de estafa residual, en grado de tentado, básicamente por la ausencia de una entrega voluntaria del dinero por parte del ofendido al acusado, propia de este tipo de delitos que exige un acto de disposición patrimonial motivado por el engaño que importa un actuar voluntario del sujeto pasivo donde entrega la especie, sin que medie una intervención distinta del hechor que aquella que

configuró los elementos del mismo engaño, de forma tal que le hace entrega de la cosa -en este caso del dinero-, por haber sido engañado, produciéndose por lo mismo la apropiación que consigue el sujeto activo a causa de su estado de error de la realidad que hace caer pacíficamente sus medios de defensas o de resguardo de la cosa.

Si bien, en algún momento tal vez, pudiera plantearse la posibilidad que la conducta del hechor en un principio hubiera estado encaminada a engañar a la víctima a fin de obtener la entrega voluntaria del dinero que portaba, lo cierto es que su actuar comprendió o abarcó un proceder sorpresivo y fugaz ante una desatención provocada a la víctima, arrebatándole el dinero de sus manos con la clara intención de apropiarse de él, acción que no pudo verificar por causas independientes a su voluntad, con las que no contaba -la tenaz oposición del ofendido- como ya ha sido señalado y que configura la hipótesis de maniobras destinadas a causar confusión a que alude al inciso segundo del artículo 436 del Código Penal.

En cambio el engaño -como elemento de la estafa- genera un estado de error en el cual la entrega es voluntaria y, en este caso no hubo entrega, sino una acción directa a través de la cual el acusado tomó el dinero rápidamente. Si el ofendido le hubiere hecho entrega de éste en forma voluntaria, estaríamos en presencia de una estafa.

Cabe plantearse la siguiente interrogante, si el acusado no hubiera tomado rápidamente el dinero, la víctima

¿se lo habría entregado? la lógica nos indica que no.

En el robo por sorpresa existe una apropiación a través de un medio de comisión rápido, sagaz, sorpresivo, que no da oportunidad a reacción.

En la estafa hay una entrega voluntaria de la víctima, producto de su error por el engaño.

UNDÉCIMO: Que, aún más, se hace necesario efectuar un paralelo entre el delito de robo en general –por sorpresa en el caso que nos ocupa- y la estafa y, para ello citaremos el libro: “El engaño en el delito de estafa” del autor Julio Yubero Canepa.

“En el robo, el delincuente se apropia de cosas muebles sin la voluntad de su dueño, mientras que en la estafa –y a raíz y como resultado de la conducta engañosa del agente- la víctima realiza voluntariamente un acto de disposición que tiene la virtud de procurar al agente los bienes que constituyen la materia del delito.

En el robo no opera el elemento engaño, que es relevante en el delito de estafa. En la estafa, el acto de disposición es una secuencia del engaño, ello explica que la disposición de las cosas por parte de la víctima sea voluntaria.

En el delito de robo no hay acto de disposición, hay apropiación de las cosas sin voluntad del dueño y, para consumir esta apropiación y, como quiera que ella no supone acto alguno de la víctima, menos aún voluntario, no es menester recurrir al engaño, basta que el agente proceda a la aprehensión física de las cosas objeto del delito.

De lo expuesto se infiere que el engaño es el elemento que presta especial tipicidad en la estafa.

En el delito de robo puede intervenir una conducta engañosa, más no para inducir a la víctima a realizar un acto de disposición (caso en el que se configuraría el delito de estafa) sino para determinar la situación que es más propicia al agente para poder apoderarse de las cosas...”

DUODÉCIMO: Que, en cuanto al grado de desarrollo de los hechos y sin perjuicio de que los mismos al configurar el delito de robo por sorpresa deben sancionarse como consumados desde que hay principio de ejecución, debe entenderse que se encuentran en grado de frustrado y no de tentativa como pretendió la defensa.

En efecto, es un hecho de la causa que el sujeto puso todo de su parte, para que el crimen o simple delito se consuma, y, éste no se verificó por causas independientes de su voluntad, - la tenaz resistencia del ofendido-, la que conforme a lo dispuesto en el artículo 7° del Código Penal, configura el ilícito en grado frustrado. De esta forma cabe desestimar lo sostenido por la defensa porque conforme a la disposición legal citada hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del ilícito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento, lo que no ocurrió en este caso.

De igual modo, corresponderá rechazar la alegación subsidiaria de la defensa en cuanto a que también podría existir el delito de hurto contemplado en el artículo 446 N° 2 del Código Penal, en grado de tentado y ello, porque es sabido que uno de los elementos del

hurto lo constituye el actuar clandestino, lo que dista mucho de la actitud asumida por el hechor.

DÉCIMOTERCERO: Que, a diferencia de lo señalado por la defensa, no concurre a favor del acusado la atenuante especial establecida en el artículo 456 del Código Penal, toda vez que de la secuencia de los hechos establecidos, no aparece una devolución voluntaria del dinero por parte del acusado, requisito que exige la citada disposición legal. Por el contrario el ofendido ha relatado en forma clara y precisa que al momento en que sacó el dinero que portaba desde su bolsillo izquierdo, a instancias del acusado, éste se lo arrebató y ante su oposición, tanto en forma física -al tomarle la mano en la que tenía el dinero y tirarle la camisa, la que incluso se rasgó, quedando él con un trozo de género de la misma en su mano- como verbal, cuando gritó que le habían robado su dinero, sólo en ese instante el imputado se vio obligado a soltar el dinero que tenía en su mano.

DECIMOCUARTO: Que, deberá rechazarse la petición de la Fiscalía de considerar en contra del acusado la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal, consistente en ser reincidente en delito de la misma especie, porque si bien el Ministerio Público incorporó el extracto de filiación y antecedentes del acusado, en el que registra entre otras anotaciones una condena de fecha 25 de noviembre de 1999 en causa rol 22.036/1999 del Tercer Juzgado del Crimen de Iquique como autor del delito de receptación, cometido en el mes de mayo de 1999, de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en grado medio, y multa

de cinco unidades tributarias mensuales, lo que acredita, además, con copia autorizada de la sentencia definitiva dictada en dicha causa y, que se encuentra cumplida, de conformidad al oficio emanado del Alcalde del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Iquique, incorporado por la Fiscalía.

En efecto, la mayoría de este Tribunal estima que, no son delitos de la misma especie porque la receptación, sin perjuicio de afectar el bien jurídico "*propiedad*", atenta contra el bien jurídico de la "*administración de justicia*" porque el bien jurídico protegido es la regularidad funcional de la administración de justicia, y en forma genérica lo que protege es el no entorpecimiento de la acción de la justicia, es decir, la no obstaculización en la actividad de las autoridades judiciales de la investigación de los delitos, recuperación de los objetos o identificación de los imputados, labor que puede verse entorpecida por la conducta del receptor. ("El delito de receptación" del autor Cristian Aguilar Aranela).

El delito de robo por sorpresa, por su parte, es una forma de apropiación particular calificada en atención, por un lado al medio empleado -la sorpresa y astucia- y por otro, al especial peligro que representa la acción cuando recae sobre una cosa que la víctima lleva consigo.

DÉCIMOQUINTO: Que, la pena asignada al delito del que ha resultado responsable consta de dos grados y, no concurriendo circunstancias modificatorias de responsabilidad que ponderar, el Tribunal al aplicarla podrá recorrer toda

su extensión por lo que impondrá la pena de presidio menor en su grado medio en su parte más baja, por parecer condigno al hecho y al grado de su desarrollo, sin perjuicio de que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 450 del Código Penal, deba sancionarse como consumado.

DÉCIMOSEXTO: Que, no reuniendo los requisitos legales no se concederá al sentenciado ninguno de los beneficios de la ley 18.216.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 7 inciso segundo, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 21, 24, 26, 30, 31, 50, 68, 69, 432, 436 inciso segundo y 450 del Código Penal; 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344, 346 Y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Se condena a **OSCAR ARTURO ELGUETA PÉREZ**, ya individualizado, a la pena de **QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS** de presidio menor en su grado medio, más las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa como **autor** del delito de robo por sorpresa, en grado de frustrado, en perjuicio de Juan Segundo Morgado Contreras, perpetrado en esta ciudad el día 16 de julio del año 2.003.

II.- No reuniendo los requisitos legales no se concede al sentenciado ningún beneficio de la ley 18.216, por lo que deberá cumplir efectivamente la pena corporal impuesta, la que se le contará desde el 16 de julio del 2003, fecha a partir de la cual ha estado ininterrumpidamente privado de libertad, según aparece del auto de apertura del juicio oral.

Oficiese, en su oportunidad al Cuarto Juzgado de Letras de Iquique para los fines pertinentes en causa rol 25.733/2001, por el delito de robo por sorpresa; y al Segundo Juzgado de Letras de Iquique en causa rol 76.407, por el delito de estafa, ambas seguidas contra el imputado, remitiéndoles copia de este fallo.

Oficiese asimismo, en su oportunidad, a los organismos que corresponda para comunicar lo resuelto y remítanse los antecedentes necesarios al Juzgado de Garantía de esta ciudad para su cumplimiento.

Se previene que la juez Gabriela Soto Chandía, estimó que de la secuencia de los hechos acreditados en la audiencia de este juicio oral aparece la intención del acusado en el sentido de apropiarse del dinero que llevaba la víctima, después que ésta cobrara un cheque en el Banco Santander de esta ciudad, lo que consumaría mediante el cuenta del "balurdo" - ampliamente conocido en nuestro medio - que consiste en lograr a través de tal maquinación o ardid, que la persona incurra en un error por cuyo motivo lleva a cabo una disposición patrimonial, experimentando así un perjuicio de esa índole.

Tanto es así que el ofendido, movido por su "tontera" y/o "codicia", como lo reconociera en el juicio, caminó conversando voluntariamente con el acusado por más de dos cuerdas e incluso después, trató de demostrar a un tercero que llegó al lugar, reclamando un dinero que le había sido sustraído, que el que él portaba no correspondía al reclamado, sacándolo también, voluntariamente, desde su

bolsillo. Sin embargo, al ser requerido por el acusado para que se lo entregara para así verificar que el dinero no pertenecía a ese tercero, se “despabiló”, como lo expresara la defensa y negó la entrega.

El acusado entonces, para lograr su objetivo, cuál era la apropiación del dinero de la víctima, se desiste de la estafa, la que por ello resulta impune y saca el dinero que ésta mantenía en su mano, sin emplear fuerza ni violencia o intimidación, configurándose así los elementos del hurto el que resulta frustrado, pues si bien logró por unos instantes apropiarse del mismo manteniéndolo a una altura inaccesible para el ofendido, no consiguió impedir que éste intentara recuperarlo y provocara, con tal fin, un forcejeo que, en definitiva, lo obligó a arrojar el dinero del que se había apropiado, para después huir.

Sin perjuicio de lo antedicho, que constituye el criterio de esta juez, como lo expresara en el veredicto, podría darse en la especie un concurso de delitos constituido por estafa tentada y hurto frustrado pero, en no el robo por sorpresa, por lo que no comparte el criterio del Ministerio Público, contenido en la acusación.

Por otra parte y, habiendo sido materia de la deliberación la circunstancia de la “confusión” que habría experimentado la víctima como consecuencia del accionar del agente, expresa además que, el término “confusión” que emplea el legislador en el inciso segundo del artículo 436 del Código Penal, de acuerdo a su tenor literal y, dentro de su contexto, está empleado en un sentido objetivo,

refiriéndose a un desorden de cosas materiales y externas al sujeto. Al efecto cabe recordar a los autores que al tratar de los delitos de apropiación, distinguen entre los cometidos por medios materiales y los cometidos por medios inmateriales, encontrándose en el primer grupo entre otros, el robo por sorpresa y en el segundo, las estafas y otros engaños, dándose en estos últimos la confusión interna o desasosiego de la víctima, que lo lleva al error, como consecuencia de la acción engañosa desplegada por el agente.

Confirma la afirmación precedente la historia fidedigna del establecimiento del tipo robo por sorpresa que, primeramente existió como agravante de las figuras de los robos con violencia o intimidación en las personas y que en tal carácter expresaba: “Para la aplicación de estas penas se estimará como circunstancia agravante, haberse cometido el delito arrebatando por sorpresa ropa, alhajas u otros objetos a las personas que los llevan consigo, o aparentando riñas en lugar de concurrencia o haciendo maniobras dirigidas a causar agolpamiento y confusión, a fin de robar por este medio o proporcionar ocasión para que roben los compañeros”.

En lo relativo a la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal alegada por el Ministerio Público, en el sentido de que concurriría en la especie la agravante que contempla el numeral 16 del artículo 12 del Código Penal, tiene presente que, de acuerdo a lo que dispone el inciso final del artículo 351 del Código Procesal Penal, en cuanto definió

expresamente que se considerarán delitos de la misma especie, aquellos que afectaren a un mismo bien jurídico, es evidente que atendida la condena que se le impusiera a Oscar Arturo Elgueta Pérez en la causa Rol N° 22.036 del Tercer Juzgado del Crimen de Iquique, como autor del delito de receptación, habiendo tenido lugar el hecho en el mes de mayo de 1999, concurre en la especie tal agravante, discrepando de esta manera con el fallo de mayoría que no la estimó concurrente. En efecto, en estos delitos se atenta contra el ejercicio del contenido del derecho de propiedad – cual es en definitiva el bien jurídico afectado-, por cuanto con la receptación

se fortalece o mantiene un delito anterior que vulnera tal bien jurídico, facilitando el aprovechamiento de los efectos de ese delito.

Regístrese.

Redactada por la Juez Virginia Soubllette Miranda y la prevención por su autora.

Rit. 109-2.003

PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA, LORRAINE GIGOGNE MIQUELES, GABRIELA SOTO CHANDÍA Y VIRGINIA SOUBLETTE MIRANDA.

CORTE DE APELACIONES

- Rechaza recurso de protección interpuesto contra el Ministerio Público por una presunta vulneración del derecho de propiedad respecto del cargo de Fiscal Adjunto.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Santiago.

Resumen:

El recurrente señaló que participó en el concurso público para designar a los fiscales adjuntos de las Fiscalías Locales de la VIII Región. Por comunicación telefónica la Fiscal Regional le informó de su designación como fiscal adjunto por resolución del Fiscal Nacional. Posteriormente, fue informado verbalmente que dicha designación quedaba sin efecto, por resolución del Fiscal Nacional, atendidos sus antecedentes comerciales. El recurrente estimó conculcados sus derechos, en especial los contemplados en los N° 1, 2 y 24 de la Constitución Política, por cuanto habiendo sido designado Fiscal Adjunto, su remoción debió seguir un procedimiento administrativo determinado que no se cumplió. La Fiscal Regional informó que el nombramiento fue efectivo, pero sujeto a un plazo no cumplido, además del trámite de anotarse y registrarse en la Contraloría General de la República, el cual tampoco se efectuó. Agregó que los nombramientos sólo son inderogables desde que son asumidos, cosa que en este caso no ocurrió, y por ello sólo hubo una mera expectativa y no un derecho adquirido. La Corte declaró que es requisito indispensable para ejercer esta acción cautelar ser titular de un derecho preexistente y no controvertido cuyo ejercicio se encuentre en peligro. Analizados los antecedentes del caso resultó que el nombramiento del recurrente jamás estuvo perfeccionado, por lo que mal procedía aplicar el Título III de la Ley 19.640, estando ajustada a derecho la actuación del Fiscal Nacional. Dicha actuación tampoco fue arbitraria, por cuanto el recurrente efectivamente registra tanto anotaciones penales como de carácter comercial.

Texto completo:

Santiago, seis de octubre del dos mil tres.

Vistos:

En lo principal de fojas 5 comparece Juan de Dios Fuentes Vega, abogado, domiciliado en calle O680

oficina 407, Concepción, señalando que viene en recurrir en contra del Ministerio Público, representado en la VIII Región por la señora Fiscal Regional doña Ximena Hassi Thumala, ambos con domicilio en calle Rengo 345, de

Concepción, toda vez que a través de una resolución arbitraria o ilegal se la ha privado o a lo menos perturbado en el legítimo ejercicio de su derecho de propiedad, garantizado por el artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República, respecto del cargo de Fiscal Adjunto de la Comuna de Los Angeles para el cual fue designado por el Fiscal Nacional don Guillermo Piedrabuena, por Resolución Exenta N°641 de 20 de mayo del 2003, previo concurso público y luego de haber cumplido con todos los requisitos exigidos para ese nombramiento.

Refiere que en el marco de la implementación de la reforma procesal penal, el Ministerio Público llamó a un concurso público en los primeros días de febrero último para proveer los cargos de Fiscales adjuntos para desempeñarse entre otras, en las Fiscalías Locales de la VIII Región. Hace presente que presentó su postulación a dicho cargo, siendo llamado para rendir examen escrito de conocimientos y de aptitudes psicológicas, obteniendo nota 5.1 en la prueba escrita de conocimientos teóricos en Derecho Penal y Reforma Procesal Penal, y nota 6.0 en la entrevista personal.

Señala que después de concluido el proceso de selección de los postulantes, su nombre integró tres ternas, para desempeñarse en las ciudades de Arauco, Concepción y Los Angeles. Dice que el 23 de mayo último recibió un llamado de la Fiscal Regional señora Ximena Hassi, comunicándole que fue designado por el Fiscal Nacional don Guillermo Piedrabuena como Fiscal Adjunto en la ciudad de Los Angeles por

resolución N°641 de 20 de mayo del 2003. Expresa que habiendo transcurrido cuatro días desde que fue nombrado Fiscal Adjunto, fue convocado a una reunión por la señora Fiscal Regional doña Ximena Hassi, oportunidad en la que se le comunicó, que no obstante las disposiciones de la Ley N°19.628 de protección de la vida privada, y que ya se le había notificado su nombramiento y su respectiva resolución, que esa designación se estaba reconsiderando atendido sus informes comerciales, motivo por el cual una salida digna tanto para el como para el Ministerio, sería su renuncia ya que se ponía en duda su probidad.

Enfrentando a ese emplazamiento, manifestó su negativa a renunciar, por cuanto había participado en un concurso público, que lo había ganado por sus méritos cumpliendo con la totalidad de los requisitos que las bases exigían, y porque la Ley N°19.628 no permite que un organismo del Estado haga uso de esa información, sino en casos muy especiales, no siendo este el caso, ya que habían otros funcionarios que pese a haber estado en las mismas circunstancias, igualmente habían sido nombrados. Manifestó también que el hecho de tener morosidades y protestos comerciales, en caso alguno lo inhabilitaban para ejercer el cargo de Fiscal. Hizo presente además que por el hecho de estar a firme su nombramiento, lo única forma de hacer cesar en el cargo de Fiscal Adjunto debe fundarse en alguna de las causales señaladas en el artículo 43 de la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que en la especie no se dan; y para

removerlo del mismo, -facultad del Fiscal Regional-, por alguna de las causales establecidas en el artículo 50 de ese mismo cuerpo legal, entre las cuales se encuentra precisamente la falta de probidad, pero a través del procedimiento contemplado en el artículo 51, causal que tampoco concurre a su respecto, y sin que se haya llevado a cabo un debido proceso en el que pudiera hacer sus descargos.

Frente a su negativa a renunciar, fue informado verbalmente por la recurrida que sería removido en el cargo, con la anuencia del Fiscal Nacional, pero sin darle a conocer el real contenido y causa de la reconsideración de su nombramiento. Concluye señalando que en atención a lo expuesto se han vulnerado sus derechos constitucionales, toda vez que ha sido discriminado, dañado en su honra, en su patrimonio, y en su integridad psíquica, personal y de su familia, a lo que se debe añadir que se ha quedado sin trabajo y sin causas judiciales. Los actos arbitrarios o ilegales que denuncia han conculcado en su concepto las garantías constitucionales establecidas en los N°s 1°, 2° y 24 de la Constitución Política de la República, motivo por el cual solicita se acoja el recurso que ha interpuesto, dejándose sin efecto las resoluciones del Ministerio Público que lo privan o perturban en el mencionado cargo debiendo restablecerlo de inmediato en sus funciones de Fiscal Adjunto, como asimismo, declarar su derecho a ser indemnizado de los perjuicios que ha sufrido, con expresa condenación en costas.

A fojas 73 rola informe de Ximena Hassi Áhumala, Fiscal Regional de la VIII Región del Bio-Bío, señalando que el abogado señor Juan de Dios Fuentes Vega postuló al cargo de Fiscal Adjunto del Ministerio Público con sede en la ciudad de Los Angeles, aceptando sin reclamo las Bases del Concurso Público. Agrega que por Resolución DRH N°641 de 20 de mayo de 2003 del Fiscal Nacional del Ministerio Público se dispuso el nombramiento, a contar del 9 de junio de 2003, como Fiscal Adjunto para desempeñarse en la Fiscalía de Los Angeles, a don Juan de Dios Fuentes Vega. En esta Resolución se ordenó que ella debía anotarse y registrarse en la Contraloría General de la República, conforme al artículo 71 inciso 3° de la Ley N°19.640, Orgánica del Ministerio Público. De la dictación de esta Resolución del Fiscal Nacional del Ministerio Público que disponía su nombramiento, la señora Fiscal Regional le informó verbalmente al Abogado señor Juan de Dios Fuentes Vega, el 22 de mayo del 2003.

Hace presente que con posterioridad a estas actuaciones, por Resolución DRH N°706 de 23 de mayo del 2003 del Fiscal Nacional don Guillermo Piedrabuena Richard, se dejó sin efecto el nombramiento del Abogado don Juan de Dios Fuentes Vega como Fiscal Adjunto, ordenado por Resolución N°641 de 2003. En la citada Resolución N°706, el señor Fiscal Nacional dejó constancia que aquella que se dejaba sin efecto no había ingresado a Contraloría General para su registro. A su vez, por Resolución DRH N°707 de 23 de mayo del 2003, el Fiscal Nacional del Ministerio Público declaró desierto el

concurso público llamado para proveer el cargo de Fiscal Adjunto de Los Angeles. Por haberse dejado sin efecto el nombramiento del recurrente antes del envío de la resolución respectiva a la Contraloría General de la República para su registro, el señor Fuentes Vega no asumió su cargo de Fiscal Adjunto. Expresa a continuación la señora Fiscal recurrida que el recurso que informa es inadmisibles pues las actuaciones de la Fiscalía Regional, en el caso de que se trata, se ha limitado a incluir en una terna al señor Juan de Dios Fuentes Vega la que fue puesta en conocimiento del señor Fiscal Nacional don Guillermo Piedrabuena para que resolviera el nombramiento como Fiscal Adjunto.

En relación con las resoluciones N°s.641 y 706 de 20 y 23 de mayo de 2003, la Fiscalía Regional solo se limitó a ponerlas en conocimiento del recurrente. Por consiguiente, concluye, la acción interpuesta debe ser declarada inadmisibles, pues no existe acto u omisión alguna que pueda estimarse ilegal o arbitraria y que pueda imputarse, a la Fiscalía Regional de la Octava Región. Además no ha tenido intervención alguna en los actos administrativos del Fiscal Nacional relacionados con el nombramiento del recurrente o con la resolución que lo dejó sin efecto, o con la que declaro desierto el concurso de Fiscal Adjunto.

En lo que respecta al fondo de la acción deducida, manifiesta que esta debe ser rechazado porque no existe acto arbitrario e ilegal que haya privado, perturbado o amenazado las garantías constitucionales invocadas por el recurrente. Señala que según ha

concluido la Jurisprudencia Administrativa los Decretos de nombramiento, solo son inderogables por la autoridad que los emitió cuando el funcionario designado ha asumido su empleo. Agrega que las resoluciones que disponen nombramientos en el Ministerio Público deben notificarse formalmente y por escrito, debiendo además registrarse en la Contraloría General de la República.

Los efectos plenos del nombramiento se producen cuando la persona asume las funciones para las cuales fue nombrada. Como tal evento no ocurrió en el caso del señor Fuentes Vega, solo tuvo una mera expectativa, y no un derecho adquirido sobre el cargo de Fiscal Adjunto para el que había sido primitivamente designado. La facultad que en el presente caso ejerció el señor Fiscal Nacional tiene como antecedente jurídico el Reglamento del Personal para los Fiscales del Ministerio Público, que en su artículo 18 establece: El Fiscal Nacional podrá declarar desierto totalmente el concurso o parcialmente respecto de una o unas ternas, si a su juicio, los postulantes incluidos en éstas no reúnen los requisitos para desempeñar el cargo. Esta misma facultad fue además expresamente explicitada en el N°11 de las Bases del Concurso al que postulo el Abogado señor Juan de Dios Fuentes Vega.

Por lo tanto señala, en el presente caso no son aplicables los artículos 43 y 50 de la Ley N°19.640, que el recurrente estima infringidos porque él no detentó nunca la calidad de Fiscal Adjunto de la Octava Región y no le han sido aplicables en consecuencia los preceptos legales que

el estima vulnerados, de todo lo cual se sigue que en el caso denunciado por el señor Fuentes Vega no se ha incurrido en ninguna ilegalidad. Por otra parte expresa que tampoco existe en la especie actuación arbitraria, toda vez que las decisiones que adoptó el Fiscal Nacional del Ministerio Público impugnadas por el recurrente, no pueden presumirse caprichosas o sin fundamento amén que ellas se encuentran respaldadas por normas de derecho que lo autorizan para proceder como lo hizo. Dice también que en ningún caso se ha conculcado el derecho de propiedad del actor por cuanto nunca se incorporó a su patrimonio los derechos como titular del cargo de Fiscal Adjunto, ya que la resolución que lo había designado no terminó su tramitación regular al haberse dejado sin efecto por la misma autoridad que la había dictado, y que declaró desierto el concurso correspondiente a dicho nombramiento.

Por último concluye que el recurrente no demostró que como consecuencia de las decisiones por las que reclama se hayan afectado a su respecto las garantías de igualdad ante la ley o a la integridad física y psíquica de la persona. Solicita por lo tanto declarar inadmisibile el recurso interpuesto o en subsidio, declarar que es improcedente o rechazarlo con costas. A fojas 107 rola la resolución que dispuso acumular a estos autos el ingreso Corte N°4.454-2003 y pedir informe al señor Fiscal Nacional del Ministerio Público. A fojas 114 emite el informe requerido al señor Guillermo Piedrabuena Richard, Fiscal Nacional del Ministerio Público, haciendo

presente en primer termino que sus actuaciones y resoluciones no han sido objeto del recurso materia de estos autos. Añade que reproduce en lo pertinente el informe ya evacuado por la señora Fiscal Regional recurrida ante la Illma. Corte de Apelaciones de Concepción. Expresa que el recurso deducido por Juan de Dios Fuentes Vega adolece de manifiesta falta de fundamento pues impugna actuaciones de carácter oral de una Fiscal Regional del Ministerio Público, quien carece absolutamente de facultades legales para efectuar nombramientos de fiscales adjuntos así como para dejarlos sin efecto, ya que según lo prescrito por el artículo 80 letra f de la Constitución Política de la República y 41 de la Ley Orgánica Constitucional N°19.640 tal atribución compete exclusivamente al Fiscal Nacional, circunstancia que no puede ignorar quien ha pretendido acceder al cargo de Fiscal Adjunto. Sostiene que de conformidad al marco legal antes mencionado y a los antecedentes que obran en estos autos, todas las resoluciones que afectan al recurrente señor Fuentes Vega fueron dictados por el Fiscal Nacional del Ministerio Público, autoridad en contra a de lo cual no se ha dirigido el presente recurso y ni siquiera mencionada como causante de cualquier acto que pudiese haber producido al actor una privación o perturbación de una garantía constitucional.

Dice también que del mérito de estos antecedentes corresponde concluir que el recurrente carece de un derecho indiscutido y evidente, cuya amenaza o vulneración, producto de una situación anormal arbitraria o ilegal-

pueda dar lugar a la acción de protección constitucional, la cual en ningún caso tiene por objeto la declaración o constitución de derechos, en atención a su propia naturaleza cautelar y a las circunstancias procesales que le son inherentes.

En efecto, sostiene, el recurrente persigue por esta vía que se le declaren y se le reconozcan derechos de propiedad sobre un cargo público que nunca ha detentado y de reparación o indemnización de perjuicios materiales pretensiones ambas, que exceden los marcos de la presente acción constitucional. Por otra parte descarta que en la especie se haya incurrido en ilegalidad como sostiene el recurrente ya que la resolución N°641 de 20 de mayo del 2003 que dispuso su nombramiento estableció que debía asumir el cargo de Fiscal Adjunto el 9 de junio del 2003, pero habiendo transcurrido tan solo tres días después, por resolución N°706 de 23 de mayo del 2003, se la dejó sin efecto en virtud de facultades constitucionales, legales y reglamentarias. Afirma que la autoridad que tiene la atribución de designar tiene también la facultad de dejar sin efecto una nominación ya efectuada y aun no tramitada íntegramente, si de los antecedentes de que dispone advierte que la persona designada no reúne los requisitos de idoneidad para el cargo.

A este respecto dice que la reiterada jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha dictaminado que los decretos de nombramientos sólo son inderogables por la autoridad que los emitió cuando el funcionario designado ha asumido su empleo. A mayor

abundamiento, añade que los antecedentes que lo llevaron a determinar la falta de idoneidad del recurrente para el cargo de Fiscal Adjunto consistieron en antecedentes judiciales de procesamiento por delito de giro doloso de cheque y de condena por cuasidelito lesiones, así como de múltiples protestos de cheques y morosidades consignadas en el Boletín de Informes Comerciales Dicom-, hasta la fecha no aclarados, circunstancia que acredita con los documentos que acompaña. Hace presente que los fiscales adjuntos son los representantes del Ministerio Público en la localidad de su desempeño y cuentan con todas las amplias e importantes atribuciones del mismo para ejercer sus funciones, además de custodiar los dineros y valores que por efectos de incautaciones ellos mismos o los tribunales dispongan ya sea que se trate de evidencias o por efecto de medidas cautelares, por lo que ninguna duda cabe acerca de la manifiesta inconveniencia de designar a una persona que tenga antecedentes de procesamiento por giro doloso de cheques y de protestos y morosidades con bancos, en tan importante cargo.

Tampoco existe arbitrariedad con motivo de la situación que sirve de fundamento a la presente acción cautelar, ya que las resoluciones de dejar sin efecto el nombramiento de Fiscal Adjunto y declarar desierto el concurso para proveerlo, no pueden considerarse caprichosas o sin fundamento, pues se encuentran respaldadas por normas de derecho que autorizan para proceder como se hizo, además de ajustarse al sentido común

de buena administración y dirección superior de un organismo público de rango constitucional como lo es el Ministerio Público. Concluye señalando que los antecedentes antes invocados demuestran la absoluta razonabilidad y falta de arbitrariedad de las decisiones de declarar desierto el concurso y dejar sin efecto el nombramiento del recurrente contenidas en resoluciones N°s.706 y 707 de 23 de mayo del 2003 del Fiscal Nacional, las que por lo demás no han sido recurridas. Solicita por tanto declarar que el recurso interpuesto es improcedente y rechazarlo en todas sus partes.

Considerando:

1º) Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción de naturaleza cautelar destinada a amparar a quien por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufre privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías preexistentes que la misma disposición enumera, mediante la adopción inmediata de las providencias que el Tribunal juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes;

2º) Que, por consiguiente, habida cuenta el carácter cautelar que inviste esta vía de reclamo jurisdiccional, constituye un requisito indispensable que quien lo deduzca debe ser titular de un derecho

preexistente y no controvertido, cuyo ejercicio debe encontrarse en riesgo o peligro. Como corolario de esta premisa cabe concluir que por la presente v da no se pueden establecer o declarar derechos toda vez que dicha pretensión es propia de otro tipo de acciones de lato conocimiento. Es decir, los derechos que se piden cautelar deben estar ya preestablecidos y no hallarse controvertidos;

3º) Que previo al análisis de la cuestión de fondo que sirve de marco al presente recurso, es preciso poner de relieve que el recurrente impugna decisiones adoptadas por una autoridad distinta de aquella contra quien dirige su reclamo, de lo cual se sigue que esta acción aparece claramente improcedente en cuanto por ella solicita como sujeto activo del agravio a la señora Fiscal Regional de la VIII Región, señora Ximena Hassi Thumala, quien solo se limitó a poner en conocimiento del actor las resoluciones suscritas por el señor Fiscal Nacional del Ministerio Público, cuyo reproche de ilegal y arbitrario sirven de sustento al presente arbitrio constitucional;

4º) Que sentado lo anterior se examinará de todos modos la pertinencia de esta acción cautelar no obstante el evidente defecto que acusa su formalización como así lo dejó en evidencia la resolución de esta Corte de dos de julio último que corre escrita a fojas 6 de estos autos;

5º) Que el recurrente sostiene que no resulta ajustado a derecho la resolución del Fiscal Nacional del Ministerio Público, don Guillermo Piedrabuena, por medio de lo cual dejó sin efecto una anterior suscrita por la

misma autoridad, que lo había designado como Fiscal Adjunto con sede en la ciudad de Los Angeles. Hace consistir el reproche de ilegal respecto de la resolución que lo agravia, en la circunstancia que estando a firme su designación como Fiscal Adjunto, solo era procedente removerlo de ese cargo de acuerdo con las causales previstas en el artículo 43 de la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, entre las cuales se encuentra precisamente la falta de probidad que se le atribuye por el Fiscal Nacional, causal que no se da a su respecto, la que en todo caso correspondía establecer a través del procedimiento contemplado en el artículo 51 de ese cuerpo legal el que no fue acatado por esa autoridad, impidiendo ejercer su derecho a ser oído y formular sus descargos;

6°) Que del examen de los antecedentes que se han allegado al presente recurso se ha podido comprobar que efectivamente el actor fue designado como Fiscal Adjunto por resolución N°641 de 20 de mayo de 2003 del Fiscal Nacional, nombramiento que debía regir a contar del 9 de junio de ese mismo año. Sin embargo, tan solo tres días después de esa designación, esta es dejada sin efecto por resolución de 23 de mayo de 2003. Consta asimismo del mérito de la documentación agregada a estos autos, que la resolución N°641 de 20 de mayo de 2003, no alcanzó a ser registrada en la Contraloría General de la República;

7°) Que a partir de los hechos que se consignan en el motivo que precede, es fuerza concluir que el nombramiento del recurrente como Fiscal Adjunto no estaba perfeccionado

al momento en que se resuelve dejarlo sin efecto, tanto porque la resolución que lo nombraba en esa calidad no se había registrado en la Contraloría General de la República, cuanto porque en ella se había dispuesto que la persona designada asumiera después de transcurrido veinte días a partir del 20 de mayo del 2003, plazo que aun no había transcurrido cuando se decide no perseverar en ese nombramiento. Por lo tanto no está en lo cierto el recurrente cuando sostiene que se dejó de aplicar a su respecto el procedimiento que se contempla para la remoción de los Fiscales del Ministerio Público en el Título III de la Ley N°19.640 por cuanto dicha normativa solo rige para quienes detentan el cargo titular de Fiscal Adjunto, cuyo no es el caso de don Juan de Dios Fuentes Vega por no haberse perfeccionado su nombramiento en esa calidad como quedó de manifiesto con el mérito de la documentación a que se viene haciendo referencia;

8°) Que siendo legítima la facultad ejercida por el señor Fiscal Nacional para dejar sin efecto un nombramiento no perfeccionado, resulta igualmente ajustada a derecho su decisión de declarar desierto el concurso público para proveer dicho cargo, ya que esta última resolución es la natural y obvia consecuencia de la anterior por lo cual se debe desestimar el reproche que también le formula el reclamante al fundar su recurso;

9°) Que, por otra parte, corresponde del mismo modo descartar un proceder arbitrario de parte de la autoridad que suscribió las decisiones reclamadas, ya que con el mérito de los documentos que acompañó en el primer

otrosí de su presentación de fojas 114, resulta efectivamente demostrado que el recurrente fue sometido a proceso por el delito de giro doloso de cheque, aunque después fué sobreseído; que en los autos Rol N°60.333 del 3° Juzgado del Crimen de Concepción se dictó sentencia que lo condeno como autor de cuasidelito de lesiones; y que en el informe emitido por Dicom registra 27 anotaciones vigentes de morosidad y protesto. Todo estos antecedentes permiten estimar que el señor Fiscal Nacional tuvo razones que justifican suficientemente su decisión de revisar un nombramiento no perfeccionado sobre la base de elementos de convicción e informes a los que no tuvo acceso inicialmente;

10º) Que descartado desde luego un proceder ilegal o arbitrario susceptible de ser atribuido al señor Fiscal Nacional con motivo de las actuaciones impugnadas por el recurrente, se hace innecesario analizar la posible vulneración de las garantías constitucionales que invocó como fundamento de esta acción cautelar. Sin embargo, a mayor abundamiento, es preciso dejar establecido que el actor no es titular del derecho de propiedad cuya

protección pide que esta Corte lo garantice, ya que no detenta la calidad de Fiscal Adjunto en la que funda esa pretensión por cuanto no se perfeccionó su nombramiento como se dejó sentado en la presente sentencia. Por estos fundamentos y lo que dispone el artículo 20 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 en todas sus partes el recurso deducido en lo principal a fojas 5 por Juan de Dios Fuentes Vega.

Regístrese y archívese.

Redacción del Ministro señor Araya.

No firma el Abogado Integrante señor Herrera, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo, por encontrarse ausente.

Nº 4.237-2003.

Pronunciada por la Tercera Sala de esta Iltma. Corte de Apelaciones, integrada por los Ministros señor Juan Araya Elizalde, señora Dobra Lusic Nadal, y Abogado Integrante señor Oscar Herrera Valdivia.

- Rechaza recurso de apelación interpuesto por la Defensa contra la resolución del Tribunal de Garantía de Cochrane que modificó las condiciones de la suspensión condicional del procedimiento.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Coyhaique.

Resumen:

El Juez de Garantía acogió la petición de la Fiscalía en orden a modificar las condiciones impuestas al imputado para la suspensión condicional del procedimiento, modificándolas en el sentido solicitado. La Defensa apeló la resolución en cuanto ampliaba el plazo de la suspensión. La Corte rechazó el recurso declarándolo inadmisibles en virtud de lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Penal.

Texto completo:

ACTA DE REVISIÓN DE SUSPENSIÓN
DEL PROCEDIMIENTO

RIT 31-2003
RUC 0300013932-6

Cochrane, a veintiocho de Agosto de dos mil tres.

Siendo las 15:00 horas se dio inicio a la presente audiencia, presidida por el Magistrado Titular don **JUAN CARLOS ORELLANA VENEGAS**, con la asistencia del señor Fiscal Subrogante don **CALUDIO PARRA RIQUELME**, domiciliado en calle Río Maitén N° 502 de esta ciudad, forma de notificación, vía fax, N° 522710 y la Defensora Penal Pública doña **SILVIA SALINAS BRUNA**, domiciliada en calle San Valentín N° 390, Cochrane, forma de notificación, vía Fax, N° 522467.

Los intervinientes se identifican ante el Tribunal.

El Tribunal le concede al Sr. Fiscal.

El Fiscal señala que previamente han conversado la Fiscalía y Defensoría, con

relación a la posibilidad de modificar o sustituir eventualmente las condiciones impuestas al imputado. Da a conocer brevemente los antecedentes en que se funda el Ministerio Público para solicitar la revocación de las condiciones para la suspensión del procedimiento, y en definitiva, propone que el menor se mantenga hasta que cumpla la mayoría de edad, cumpliendo así con la obligación de residir en el Hogar de Menores hasta cumplir la mayoría de edad y también fijando domicilio en dicho hogar. No obstante, indicar y precisar que una vez que este menor cumpla la mayoría de edad, resida en el domicilio de la abuela paterna y conjuntamente solicitar y oficiar al SENAME, para que éstos inmediatamente deriven al menor para que inicie un tratamiento en el Centro CIDTEL, por un periodo de un año. Finalmente agrega, con relación a la firma, que se mantenga la condición y que se ponga al día con las firmas pendientes.

El Tribunal le concede la palabra de la Defensa.

La Defensa señala que había solicitado esta audiencia, que primitivamente el Fiscal solicitó para revocar la suspensión condicional del procedimiento, de discutiera una modificación de las condiciones tal como lo señala el inciso final del artículo 238 del Código Procesal Penal, y esto se fundaba principalmente que en la audiencia del 01 de Abril del 2003, se habría anticipado la posibilidad de discutir las condiciones en el momento en que G. V. O. cumpliera la mayoría de edad. Los fundamentos de la defensa eran el oficio que recibió esta parte, el cual iba dirigido al Fiscal de Cochrane con copia a la Defensoría y el cual solicito se adjunte a la carpeta judicial para que el tribunal tome conocimiento y que es el planteamiento del SENAME, en cuanto a ingresar a G. V. O. a un tratamiento integral ambulatorio que ofrece el Centro CIDTEL, el cual se encuadraría dentro de lo que dispone la letra C) del artículo 238 del Código Procesal Penal. Expone sus argumentos con relación a lo expuesto por el Ministerio Público en cuanto a que el menor sea ingresado por el lapso de un año a este tratamiento, haciendo presente que el máximo de un año, es una afectación grave a la penal, comparte la posición de la Fiscalía, con relación a que su representado se mantenga en el hogar hasta que cumpla la mayoría de edad, comprometiéndose la defensa a que la Asistencia Social de la Defensoría se preocupe de contactar con su representado con el Centro CIDTEL y se inscriba en dicho tratamiento y ésta misma profesional se

contactó con la abuela paterna de su representado doña Elcira Torres Cadagan, quien se comprometió a otorgarle domicilio, por lo tanto, a partir de su mayoría de edad, la letra G) del artículo 238 del Código Procesal Penal, es decir, la obligación de fijar domicilio cumpliría, fijando como domicilio en calle Los Arrayanes N° 1183 de Coyhaique. Finalmente, en cuanto a la obligación de firmar, esta defensa no tiene ninguna objeción a que su representado lo siga haciendo y que se ponga al día en las firmas que le faltan y que entiende que corresponde al mes de Julio, mes en que su representado estuvo en prisión preventiva en Coyhaique.

EL TRIBUNAL RESUELVE:

Que, se hará lugar a las modificaciones de las condiciones de la suspensión condicional del procedimiento que se decretaron con fecha 01 de Abril de 2003, señalando que estas pasan a hacer como a continuación se indican: **primero**, que el imputado G. V. O. permanecerá en la Casa de Acogida de Menores hasta que cumpla los 18 años de edad; **segundo**, que cumpliendo los 18 años de edad, trasladará su residencia y fijará en ella, el domicilio en su abuela paterna doña Elcira Torres Cadagan; **tercero**, que deberá concurrir a la Fiscalía Local de Coyhaique y firmar, tal cual se estableció en la fecha antes indicada, debiendo cumplir, eso si, con la firma que correspondía al mes de Julio y haciendo en lo posible el cumplimiento de la obligación que le resta en el mes de Agosto, en que nos encontramos; **cuarto**, que sin perjuicio de lo anterior, se ordena que el imputado sea derivado inmediatamente

a CIDTEL, institución dependiente del SENAME, a objeto de ser sometido a un tratamiento integral por el lapso de un año. Por otra parte y habiendo escuchado tanto a la Defensoría como a la Fiscalía y teniendo presente el interés superior del niño, dado que a la fecha de la presente audiencia G. V. O. es aún menor de edad y es objeto de las normas que establece la Convención de los Derechos del Niño, y además, conociendo el tribunal la especial y particular situación que le afecta en el contexto socioeconómico cultural, ésta obligación será parte integrante del acuerdo y por dicho lapso de tiempo, por lo tanto, y en virtud de lo que dispone el artículo 237 relacionado con el 238 inciso final del Código Procesal Penal, el tribunal considera que se puedan modificar, tanto las condiciones como el plazo, eventualmente que ya se decretó en una primitiva audiencia de suspensión condicional del procedimiento, por lo que el imputado quedará sujeto a dicha medida por todo el lapso de un año a contar de esta fecha y sin que ello, en concepto de este sentenciador, implique un agresivo o menoscabo a las libertades del imputado V. O., sino todo lo contrario, la medida tiene como única y última finalidad, lograr la adaptación social que definitivamente le hace falta al imputado para que pueda desarrollarse normalmente en sociedad y en comunidad.

El Tribunal le concede la palabra el Sr. Fiscal y posteriormente a la Defensa.

El Fiscal señala no tener nada más que agregar, salvo se le conceda copia del registro de la audiencia.

EL TRIBUNAL RESUELVE:

Antes de resolver las peticiones planteadas recientemente, el tribunal, ordena que se oficie a CIDTEL, institución dependiente del SENAME, informando lo precedentemente decretado, como asimismo, se oficie a la Casa de Menores, dando a conocer la presente resolución en todas sus partes y atento a lo ya pedido por las partes, se ordena la remisión de un extracto o resumen de la presente audiencia, en un acta que se remitirá vía fax a los teléfonos por los intervinientes ya señalados y con lo relacionado se pone término a la misma.

Se pone término a la audiencia siendo las 15:35 horas.

CERTIFICO: Que, se llevó a efecto la audiencia cuyo registro antecede, presidida por el Magistrado Titular don Juan Carlos Orellana Venegas, con la asistencia del Fiscal Subrogante don Claudio Parra Riquelme y de la Abogada Defensora Penal Público doña Silvia Salinas Bruna. Cumplió la función de toma de acta don Marco Robles Molina y se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso primero del art. 30 del Código Procesal Penal. Cochrane, 28 de Agosto de 2003.

Coyhaique, diez de Octubre de dos mil tres.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que en estos antecedentes RIT 31-2003, RUC 0300013932-6, formalización de la investigación por delito de robo en lugar no habitado y en que en audiencia celebrada el 1° de Abril de 2003 se decretó la suspensión

condicional del procedimiento en las condiciones que se señalan en el Acta de fojas 21 a 23, la Defensora Penal Pública doña Silvia Salinas Bruna deduce recurso de apelación en contra de la resolución, dictada en audiencia de modificación de las condiciones de suspensión condicional del procedimiento del 28 de agosto de 2003 por el Juez de Garantía de Cochrane don Juan Carlos Orellana Venegas, en cuanto extiende el plazo de la suspensión condicional, y solicita que en definitiva esta Corte mantenga como plazo de la suspensión condicional del procedimiento el plazo primitivo de un año contado desde el 1° de Abril de 2003. Funda su recurso en lo dispuesto en los artículos 237, 238, 360 Y 364 y siguientes del Código Procesal Penal. Durante la vista del recurso se advirtió una eventual inadmisibilidad consistente en que la resolución en contra de la cual se dedujo no sería impugnabile por este medio, sobre lo cual se otorgó la palabra al Abogado de la defensoría Penal Pública y al Abogado Asesor del Ministerio Público que concurrieron a la audiencia, para que expongan sus argumentos y los fundamentos del recurso.

SEGUNDO: Que en cuanto a la admisibilidad o inadmisibilidad, el abogado don Cristian Arias Vicencio de la Defensoría Penal Pública, por el imputado G. V. O., argumenta que la resolución impugnada es susceptible del recurso de apelación por cuanto así lo establece el artículo 237 del Código Procesal Penal en su inciso 6, al señalar que la resolución que se pronunciare acerca de la suspensión condicional del procedimiento será apelable por el

imputado, por el Ministerio Público y por el querellante, norma que se refiere a todo lo que diga relación con la suspensión condicional del procedimiento por lo cual no puede restringírsela.

Respecto al fondo, expresa en primer lugar que la resolución apelada es ilegal porque se dictó en contravención al artículo 238 inciso final del Código Procesal Penal que autoriza al Juez para modificar una o más de las condiciones impuestas pero no puede modificar los plazos de esta medida; en segundo lugar, porque es gravosa para el imputado al extenderse el plazo primitivo lo que restringe sus derechos bajo la intención de otorgar protección o tutela a un menor de edad; en tercer término, porque encontrándose en el Hogar de Menores el imputado, las medidas aplicadas luego de un proceso judicial deben tener un periodo de ejecución definido y no puede extenderse después de cumplidos los 18 años de edad; y en cuarto lugar, porque faltó el consentimiento del imputado, quien no se encontraba presente en la audiencia de modificación.

TERCERO: Que el abogado don Cristian Calderón Améstica, por el Ministerio Público, argumenta sobre la admisibilidad del recurso en el sentido que es inadmisibile por cuanto el artículo 237 inciso 6° del Código Procesal Penal es claro al disponer que sólo es susceptible de apelación la resolución que se pronuncia respecto de la suspensión condicional del procedimiento y en este mismo sentido el artículo 370 del Código Procesal

Penal no lo contempla dentro de las resoluciones apelables.

En relación al fondo solicita la confirmación de la resolución recurrida, por ajustarse éstas a los hechos y al derecho.

CUARTO: Que en relación a la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de apelación deducido en la especie, es útil tener presente que de la lectura de los artículos 237 y 238 del Código Procesal Penal aparece que éstos regulan situaciones diferentes, pues mientras la primera disposición legal citada se refiere al otorgamiento o concesión de la suspensión condicional del procedimiento la segunda trata sobre la forma o modo de cumplir la suspensión condicional del procedimiento, una vez decretado ésta.

Así el artículo 237 del Código Procesal Penal en su inciso 2° dispone que la suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse si se reúnen los requisitos que señala; agregando en su inciso 6° que la resolución que se pronunciara acerca de tal medida será apelable por el imputado, por el Ministerio Público y por el querellante. O sea, señala expresamente que tal resolución es apelable. .

En cambio el artículo 238 del citado Cuerpo Legal, junto con indicar las condiciones a las que deberá someterse el imputado, en su inciso final, faculta al juez de garantía para, durante el periodo de suspensión y oyendo en una audiencia a todos los intervinientes que concurrieren a ella, modificar una o más de las condiciones impuestas en una suspensión ya concedida. Nada dice

sobre si esta resolución es susceptible de ser apelada o no.

QUINTO: Que, de esta manera, en lo relativo a la admisibilidad del recurso de apelación como el del presente caso ante el silencio del artículo 238 ya citado debe estarse al artículo 370 del Código Procesal Penal que establece que "las resoluciones dictadas por el juez de garantía serán apelables en las siguientes casos: a) Cuando pusieren término al procesamiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días, y b) Cuando la ley lo señalare expresamente".

SEXTO: Que de acuerdo con lo expuesto, en los fundamentos precedentes, no encontrándose la resolución apelada en ninguno de los casos previstos en el artículo 370 del Código Procesal Penal citado, puesto que no es de aquella que pone término al procedimiento, ni hace imposible su prosecución, ni suspende el procedimiento por más de treinta días, ni la ley señala expresamente que es apelable, no cabe sino concluir que el recurso de apelación deducido en la especie es inadmisibile por improcedente, más aún si se considera que el espíritu de la Reforma Procesal Penal es la restricción de los recursos de manera de hacer expedita la tramitación de los procedimientos.

SEPTIMO: Que siendo inadmisibile el recurso de apelación es inoficioso pronunciarse sobre el fondo del mismo.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y visto, además, lo dispuesto en los artículos 352 y siguientes de Código procesal Penal se declara INADMISIBLE por

improcedente el recurso de apelación deducido por doña Silvia Salinas Bruna, Defensora Penal Pública en representación del imputado G. H. V. O. contra la resolución dictada en la audiencia de modificación de las condiciones de suspensión condicional de procedimiento de fecha veintiocho de agosto de dos mil tres, de fojas 126 a 128 de estos antecedentes.

Devuélvanse.

Redacción del. Ministro Titular don Pedro Leñam Licancura.

Rol N° 69-2003.-

PRONUNCIADA POR EL SEÑOR PRESIDENTE TITULAR DON SERGIO FERNANDO MORA VALLEJOS, LOS SEÑORES MINISTROS TITULARES DON HUGO ANDRES BUSTOS PEREZ Y DON PEDRO LERAN LICANCURA.

AUTORIZA DON LUIS ALEJANDRO CONTRERAS PAVEZ, SECRETARIO SUBROGANTE.

- Acoge recursos de apelaciones interpuestos haciéndose lugar a la solicitud de suspensión condicional del procedimiento.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Copiapó.

Resumen:

El Juez de Garantía rechazó la suspensión condicional del procedimiento solicitado por la Fiscalía y aceptado por la Defensa, por cuanto estimó que el delito por el cual se había formalizado, robo con violencia, conlleva una pena superior a los tres años de privación de libertad no cumpliendo con los requisitos legales. Asimismo, tampoco aceptó la recalificación jurídica de los hechos a un robo por sorpresa, rechazando proceder de acuerdo al procedimiento abreviado. La Fiscalía y la Defensa apelaron la negativa a suspender condicionalmente, y la Corte acogió el recurso. Al efecto señaló que la calificación jurídica de los hechos materia de la acusación es atribución privativa y excluyente del Ministerio Público, no siendo facultad del Juez de Garantía pronunciarse respecto a un cambio en ella respecto de la efectuada en la Audiencia de Formalización.

Texto completo:

REGISTRO DE LA AUDIENCIA DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL DE 29 SEPTIEMBRE DE 2003.

Individualización de los intervinientes

Siendo las 09:14 horas, se da inicio a la audiencia con asistencia del Fiscal Adjunto Juan Pablo Gormaz, con domicilio en calle Atacama N° 810 de esta ciudad, las víctimas Carlos Esteban Rozas Tapia, cédula de identidad N° 16.027.224-4, fecha de nacimiento 01 de julio de 1985, domiciliado en calle Caburgua N° 1188 Villa Arauco V Etapa y Carolina Rithyeli Rivera Espina, cédula de identidad N° 16.132.373-K, fecha de nacimiento 15 de julio de 1985, domiciliada en calle Ignacio Carrera Pinto N° 83 Tierra Amarilla, el Defensor Penal Público Eugenio Navarro Garrido, domiciliado en calle Los Carrera N° 495 3° piso de esta ciudad, los imputados

M.J.O.G., cédula de identidad N° 16.248.462-1, fecha de nacimiento 28 de mayo de 1985, Cardenal Samoré N° 1707 Juan Pablo II y M.E.C.C., cédula de identidad N° 15.032.242-1, fecha de nacimiento 04 de diciembre de 1982, Cardenal Samoré N° 1690 Juan Pablo II, ambos de esta ciudad y se procedió: Preparación del Juicio Oral

El tribunal procede a efectuar una exposición sintética de la acusación presentada por el señor Fiscal en contra de los imputados antes individualizados.

Solicitud de suspensión condicional del procedimiento

El fiscal solicita se decrete la suspensión condicional del procedimiento, debiendo cumplir los imputados con las condiciones del artículo 238 letras e), f) y g) por el período de un año y medio.

El tribunal pregunta a los imputados si están de acuerdo con esta salida alternativa como asimismo con las condiciones señaladas.

Los imputado manifiestan estar de acuerdo con esta salida y con las condiciones.

La defensa se allana.

Las víctimas manifiestan su conformidad con la salida alternativa

El tribunal resuelve:

Vistos:

“ Atendido el mérito de los antecedentes contenidos en la carpeta de investigación, teniendo presente que si bien los acusados M.J.O.G. y M.E.C.C. no han sido condenados anteriormente por crimen o simple delito, según consta de la copia de los extractos de filiación rolantes a fojas 26 y 27 de la carpeta de investigación, no se cumple sin embargo con el requisito establecido en la letra a) del artículo 237 del Código Procesal Penal, toda vez que de acuerdo con los antecedentes de la investigación, en la especie se esta en presencia del delito de robo con violencia y que fue objeto de la formalización de la investigación, de manera tal que conforme a lo dispuesto en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, la pena es de presidio mayor en sus grados mínimo a máximo y aún considerando las circunstancias que concurra excede la pena de 3 años de privación de libertad en el evento de dictarse sentencia condenatoria respecto de ambos imputados y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 del Código Procesal Penal, se rechaza la suspensión condicional del procedimiento planteada por el Ministerio Público respecto de los imputados M.J.O.G. y M.E.C.C.”.

El fiscal interpone un recurso de reposición respecto a la resolución antes dictada, en atención a la declaración prestada por el imputado C.. La defensa se allana, manifestando que no existen agravantes y si las atenuantes del artículo 11 N° 6 y N° 9 del Código Penal.

El tribunal resuelve:

“Atendido lo expuesto por el señor Fiscal, lo manifestado por el señor Defensor, teniendo presente que sin entrar el tribunal a pronunciarse sobre el fondo de las circunstancias a que ha hecho referencia el señor Defensor, la pena que pudiere imponérsele en caso de dictarse sentencia condenatoria en contra de ellos excedería de los tres años de privación de libertad y atendido al mérito de los antecedentes y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 363 del Código Procesal Penal, se resuelve que no ha lugar a la reposición solicitada por el Ministerio Público en esta audiencia, en contra de la resolución que rechazó la suspensión condicional del procedimiento”.

El fiscal solicita al tribunal se fundamente la resolución.

El tribunal manifiesta que la resolución ya esta dictada.

El tribunal hace presente que en su oportunidad se despachó orden de detención en contra de uno de los imputados Luis Ubaldo Barraza Olivares y se ordenó despachar las correspondientes ordenes de detención a las Policías de Investigaciones y Carabineros, siendo devueltas sin resultado, atendido el mérito de esos antecedentes y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 99 y 100 del Código Procesal Penal, esto es,

habiéndose decretado judicialmente la detención de Luis Ubaldo Barraza Olivares y no fue habido, se declara rebelde al imputado Luis Ubaldo Barraza Olivares.

El fiscal no tiene nada que decir.

La defensa señala que el imputado no ha sido notificado de la realización de esta audiencia y ya se encuentra cerrada la investigación, por lo que solicita que dejen sin efecto las ordenes de detención decretadas en su contra.

El fiscal solicita se decrete el sobreseimiento temporal respecto del imputado Barraza Olivares.

El tribunal resuelve:

Vistos:

"Atendido el mérito de los antecedentes, habiéndose decretado judicialmente la detención del imputado Luis Ubaldo Barraza Olivares y habiéndose diligenciado las respectivas ordenes de detención por Carabineros e Investigaciones sin que haya sido habido y habiendo sido declarado rebelde y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 252 letra b) del Código Procesal Penal, teniendo además presente que dicho imputado no ha comparecido al procedimiento se decreta el sobreseimiento temporal parcial respecto del imputado Luis Ubaldo Barraza Olivares en esta causa y en consecuencia no se da lugar a dejar sin efecto las ordenes de detención solicitado por el señor Defensor Penal Público".

Solicitud de procedimiento abreviado.

El fiscal solicita se proceda conforme al procedimiento abreviado.

El tribunal pregunta a los imputados si aceptan los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la

investigación que la funda.

Los imputados manifiestan que si aceptan.

El tribunal pregunta a los imputados si han prestado su conformidad en este procedimiento abreviado en forma libre y voluntaria.

Los imputados señalan que si.

El tribunal pregunta a los imputados si conocen sus derechos de ir a un juicio oral, y si entienden los términos del acuerdo y sus consecuencias.

Los imputados señalan que si.

El tribunal pregunta a los imputados si han sido objeto de presiones o coacciones indebidas por parte del Fiscal o de terceros.

Los imputados señalan que no.

La defensa se allana al procedimiento abreviado solicitado por el Ministerio Público

El tribunal resuelve:

Vistos:

" Teniendo presente que si bien las penas solicitadas por el señor Fiscal en la acusación no exceden de cinco años y que al acuerdo propuesto a los acusados M.J.O.G. y M.E.C.C. estos han prestado su consentimiento con pleno conocimientos de sus derecho en forma libre y voluntariamente, además para que el tribunal pueda declarar la admisibilidad del procedimiento abreviado es necesario que los antecedentes reunidos en la investigación se estimen suficientes para proceder de esta manera, ya que en caso alguno de aceptarse el procedimiento abreviado podría el juez imponer una sanción superior a la propuesta por el señor Fiscal. Que en este contexto, de acuerdo a los antecedentes de la investigación, este

tribunal estima que el Ministerio Público ha hecho una errónea calificación jurídica de los hechos, pues se está en presencia de un delito de robo con violencia y que fue objeto de la formalización de la investigación en audiencia celebrada con fecha 02 de junio de 2003. Que la pena aplicable al delito de robo con violencia conforme a lo dispuesto en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal es de presidio mayor en su grado mínimo a máximo y aún considerando las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal la pena en ningún caso puede ser inferior a cinco años y un día, por lo que este tribunal teniendo además presente que no se estaría cumpliendo con el requisito establecido en el artículo 406 y siguientes del Código Procesal Penal, además que el tribunal, de acuerdo con las normas de los artículos antes citados, no puede imponer una pena superior a la solicitada por el señor Fiscal, pero si debe el órgano jurisdiccional revisar e indagar de acuerdo al mérito de los antecedentes si las penas propuestas guardan concordancia con la piezas de la investigación y en mérito de esos mismos antecedentes no se advierte que se esté en presencia de un delito de robo por sorpresa y lesione leves y corresponde precisamente a este tribunal ejercer un control de legalidad respecto de los hechos materia de la acusación y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 A) de la Constitución Política de la Republica y artículos 36, 407, 409 y 410 del Código Procesal Penal se resuelve que se rechaza la solicitud de procedimiento abreviado, debiendo proseguirse con la

audiencia en la forma prevista por la ley y en consecuencia téngase por no formuladas la aceptación de los hechos por parte de los acusados y la aceptación de los antecedentes de la investigación a que se refiere el inciso 2° del artículo 406 del Código Procesal Penal, como tampoco las modificaciones en la acusación que ha hecho en la presente audiencia el señor Fiscal efectuadas para posibilitar la tramitación del procedimiento abreviado, además este tribunal dispone que todos los antecedentes relativos al planteamiento y discusión de la solicitud de proceder conforme al procedimiento abreviado sean eliminadas del registro conforme a lo dispuesto en el artículo 410 del Código Procesal Penal".

El fiscal solicita un receso de 10 minutos.

La defensa se allana.

El fiscal interpone un recurso de reposición en contra de la resolución, en atención que atenta contra el principio de culpabilidad de los imputados, además atenta contra la facultad que tiene el Ministerio Público para tomar sus decisiones.

El tribunal resuelve:

" Atendido lo expuesto por el señor Fiscal, teniendo presente que este tribunal ha rechazado la solicitud de procedimiento abreviado planteada por el Ministerio Público conforme a lo dispuesto en el artículo 410 inciso 2° del Código Procesal Penal, se resuelve que no ha lugar a la reposición planteada por el señor Fiscal por inadmisibile".

Vicios formales

La defensa solicita la modificación en el escrito de acusación respecto a la pena del robo por sorpresa, además de las

lesiones menos graves, corrija que se trata de lesiones leves y que solamente le cabe participación en este delito al imputado O.G.

El fiscal corrige los vicios señalados por la defensa.

El tribunal resuelve:

Déjese constancia de la corrección de vicios formales en la acusación en el sentido que la pena requerida por el Ministerio Público en contra de los acusados, por el delito de robo por sorpresa es de 540 días de presidio menor en su grado mínimo y no de 540 días de presidio menor en su grado medio como erróneamente se indica en el escrito de acusación. Además se rectifica en la letra b) del escrito de acusación respecto del delito de lesiones menos graves, específicamente en la letra b) del punto 2, en el sentido que se trata de lesiones leves, y el Ministerio Público atribuye participación por ese delito únicamente al imputado O.G., y en consecuencia, solicita sólo se condene a este último y no al acusado C.C. como erróneamente se indica en el punto b 5, modificando la pena requerida en contra del acusado O.G. como ya se ha expresado a una multa de cuatro unidades tributarias mensuales por el referido delito de lesiones leves.

Medios de prueba de la defensa

La defensa solicita la absolución de ambos imputados, toda vez que no existen presuntas materiales que acrediten el robo con violencia ni tampoco el delito de robo por sorpresa, asimismo solicita se reconozca respecto de los imputados las atenuantes del artículo 11 N° 6 y N° 9 del Código Penal y se rechace la agravante del artículo

456 bis N° 3 del mismo cuerpo legal. Los medios de prueba la defensa son los siguientes: En cuanto a los testigos y peritos, los señalados por el Ministerio Público en su escrito de acusación, quienes declararán sobre los mismos punto ahí indicados; respecto a los documentos acompaña el N° 1 y 7, de los documentos y otros medios de prueba presentados en la acusación del Ministerio Público, asimismo acompaña los siguientes documentos: Informes presentenciales de cada imputado; certificado suscrito por Alfonso Flores Díaz, jefe de personal de la Minera San Esteban; como testigo cita a doña Liten Sabrina Victoria Alvarado Arancibia, Miriam Soledad Varas Valderrama, Ivonne Alicia Cumplido Pereira, Karen Betzabé Luna Alvarez; como perito cita al psicólogo don Elías Ubeda, como prueba documental acompaña los certificados de atención de urgencia de la víctima don Carlos Rozas Tapia; por último acompaña como testigos a los imputados M.O.G. y M.C.C.

Convenciones probatorias.

El fiscal y la defensa acuerdan como convención probatoria la siguiente:

1.- Que los acusados no registran antecedentes penales.

Exclusión de prueba

La defensa estima que son muchos los testigos del Ministerio Público, proponiendo se reduzca su cantidad.

El fiscal se opone ya que cada una acredita hechos distintos.

El tribunal resuelve:

“Atendido lo expuesto por el señor Defensor, lo manifestado por el señor Fiscal, teniendo presente que la prueba testimonial referida a los policías individualizados en el punto C-1 del

escrito de acusación, constituye una prueba manifiestamente pertinente y de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 276 del Código Procesal Penal, se resuelve que no ha lugar a la exclusión de prueba testimonial en los términos solicitados por el señor Defensor Penal Público”.

La defensa solicita se excluyan los N°s 3, 4, 5 y 6 de los documentos de la acusación.

El fiscal se opone.

El tribunal resuelve:

“Atendido lo expuesto por el señor Defensor Penal Público, lo manifestado por el señor Fiscal, teniendo presente que los documentos consignados en los puntos 3, 4, 5 y 6 de la letra E-1 del escrito de acusación son absolutamente pertinentes y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 314, 316 y 329 del Código Procesal Penal, se resuelve que no ha lugar a la exclusión de prueba solicitada por el señor Defensor Penal Público, respecto de los documentos referidos”.

Auto de apertura del juicio oral.

El tribunal, concluido el debate y siendo las 10:50 horas fija audiencia para la lectura del auto de apertura, para el día de hoy 29 de septiembre a las 17:00 horas, a la que deberán concurrir todos los intervinientes para la dictación del auto de apertura del juicio oral.

Siendo las 10:50 horas se suspende la audiencia hasta la fecha y hora antes señalada, levantándose la presente acta que se ordena agregar a la carpeta y otorgar copia a quien lo solicitare.

Extendida en Copiapó, el veintinueve de septiembre de dos mil tres

R.U.C. N° 0310002219-1

Rol Interno N° 1432-2003

Presidió la audiencia y resolvió don José Sánchez Maestri, Juez de Garantía de Copiapó.

Copiapó, quince de octubre de dos mil tres.

VISTOS:

Lo expresado por los intervinientes en la audiencia, el mérito de la carpeta de antecedentes que se ha tenido a la vista, e importando la decisión del señor Juez de Garantía que se revisa, una calificación jurídica anticipada de los hechos que se presentan, que escapa al control de actuación de las partes que le compete en el presente estado procesal de la causa, habida consideración que en la especie se efectuó por el Ministerio Público, en su acusación, una calificación jurídica distinta a la asignada a los hechos en la Audiencia de Formalización, lo que le era dable efectuar, en uso de sus atribuciones privativas, y excluyentes, en virtud de sus atribuciones constitucionales, en el ejercicio de la acción penal pública, apareciendo de este modo, que se cumplen las exigencias contempladas en el artículo 237 del Código Procesal Penal, que posibilita la suspensión condicional del procedimiento, en la que por lo demás, existe acuerdo del imputado, con el señor Fiscal, y de la defensa, visto además lo dispuesto en los artículos 237, 241 y 365 del Código Procesal Penal, las instrucciones impartidas por la Excma. Corte Suprema en auto acordado de fecha 10 de enero de 2001, **SE REVOCA** en lo apelado la resolución dictada en la audiencia de veintinueve de septiembre de dos mil tres, escrita a fojas 1, y en su lugar **SE**

RESUELVE que se hace lugar a la solicitud de suspensión condicional del procedimiento debiendo seguirse adelante la tramitación de la causa, por el Juez de Garantía no inhabilitado que corresponda, citando a las partes a una nueva audiencia al afecto.

Devuélvase.

Rol Corte N° 00527

Ruc 0310002219-1

Rit 1432-2003

PRONUNCIADO POR LOS MINISTROS TITULARES SEÑORA LUISA LOPEZ TRONCOSO Y DON FRANCISCO SANDOVAL QUAPPE Y ABOGADO INTEGRANTE SEÑORA SANDRA PINTO PINTO.

AUTORIZA DON CARLOS ACEVEDO ESSMANN SECRETARIO TITULAR.

En Copiapó, a quince de octubre de dos mil tres. Notifiqué por el estado la resolución que antecede.

- Rechaza recurso de amparo interpuesto por la Defensa alegando una detención ilegal y una audiencia de control de detención llevada ante un Tribunal incompetente.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Temuco.

Resumen:

La Defensa alegó que la detención de su representado comenzó a operar varios días antes de haber sido intimada. Además sostuvo que el tribunal exhortado para realizar la audiencia de control de detención no era competente, por ser las facultades jurisdiccionales del Juez de Garantía indelegables, así como por no cumplirse con las normas de subrogación previstas en la ley. La Corte de Apelaciones de Temuco aclaró que la detención tiene por finalidad asegurar los objetivos del procedimiento y desde esa perspectiva no era necesario intimar la orden de detención en tanto el inculpado se encontrara hospitalizado, por cuanto por razones de salud éste no se encontraba en condiciones de desplazarse. Respecto de la incompetencia alegada, señaló que si bien la situación ocurrida no la contemplaba expresamente la ley, en virtud de los principios generales no puede sino estimarse que el procedimiento se ajustó a la legalidad, tanto más que se veló principalmente por los derechos del inculpado y que el Juzgado del Crimen exhortado cumplió con una orden emanada de una autoridad judicial competente.

Texto completo:

Temuco, veinticinco de octubre de dos mil tres.

VISTOS:

A fs. 1 comparece don Miguel Gutiérrez Figueroa deduciendo amparo preventivo a favor de su hijo Rodolfo Gutiérrez Fernández quien se encontraría detenido y herido de bala en el Hospital El Pino, sin que al parecer existiera orden de detención en su contra, solicitando información sobre la existencia de ésta y su estado de salud.

A fs. 3 el abogado defensor penal público don Alexander Schneider Oyanedel presenta otro recurso de amparo a favor de Rodolfo Gutiérrez

Fernández respecto del cual se ha ordenado detención por el Juzgado de Garantía de Lautaro y luego ampliado la detención por el 32º Juzgado del Crimen de Santiago, siendo que ambas detenciones ilegales porque: a) el Imputado estuvo detenido desde el 8 de octubre en el hospital hasta el día 15 sin intimación legal de la orden de detención emanada del Juzgado de Garantía de Lautaro, la que se encontraba en poder del capitán de la S.I.P. de Carabineros don Fernando Pérez desde el mismo día 8. La detención se prueba porque el amparado estaba bajo vigilancia policial

sin que pudiera tener libre plática con él quienes lo visitaban; porque estaba esposado a la cama; ni se le permitía su libre desplazamiento. Tanto es así que debido a una audiencia de amparo y como cautela de garantías se ofició al director del Hospital El Pino indicándosele que Rodolfo Gutiérrez no estaba detenido.

b) que tanto la audiencia de control de detención dirigida por la Juez del 32° Juzgado del Crimen de Santiago, así como la resolución que dispuso la ampliación del plazo de detención son ilegales por emanar de un tribunal incompetente que actuó en mérito de un exhorto dispuesto por el Juzgado de Garantía de Lautaro que, atendida razones de distancia le delegaba facultades indelegables, vulnerándose de esta forma los artículos 19 N° 7 de la Constitución Política del Estado, 5° del Código Orgánico de Tribunales y fundamentalmente en N° 5 del auto acordado Corte Suprema contenido en acta 69-2000 ya que no puede delegarse a un juzgado de Santiago la facultad de dirigir una audiencia como la de control de detención; y

c) Por último, los fiscales incumplieron prohibición del artículo 63 letra d) LOC M.P. que impide efectuar actuaciones que priven al imputado de sus derechos constitucionales sin autorización previa o dilaten innecesariamente los asuntos confiados.

Pide el recurrente se acoja el recurso, se deje sin efecto la orden de detención emanada del Juzgado de Garantía de Lautaro y la ampliación dispuesta por el 32 juzgado del crimen de Santiago y se asegure la protección del amparado.

Informando el recurso el Director del Hospital El Pino de San Bernardo, a fojas 18 y 32 indicó que el 13 de octubre el estado de salud del amparado era de mediana gravedad y se encontraba con resguardo policial, sin que para la dirección quedara claro si se encontraba detenido o no; y que el 16 estaba ya fuera de peligro con una orden de detención cursada por la fiscalía local de Temuco, agregando después que desde el primer momento se observó al paciente custodia policial.

Informando la Segunda Comisaría de Carabineros de Temuco, a fojas 35, indicó que en la unidad no existen antecedentes del amparado pero hechas las indagaciones se constató que fue detenido el 15 de octubre en el frontis del Hospital El Pino de San Bernardo por orden de detención emanada del Juzgado de Garantía de Lautaro, en causa seguida por robo con intimidación, por personales de Carabineros de Departamento de Investigación Policial Dirección Investigación Delictual y Drogas de Carabineros, trasladándose el 17 de octubre desde Santiago a la cárcel de Lautaro.

Informando el Juez de Garantía subrogante de Lautaro, a fojas 62, indicó que en causa Rit 1036-2003 el 8 de octubre de este año, a petición escrita del fiscal Rolando Melo y en virtud de los antecedentes aportados se decreta detención de Rodolfo Gutiérrez Fernández quien se encontraba internado en el Hospital El Pino de San Bernardo, encargándose la detención a la SIP de Carabineros de Santiago, con expresa mención que el detenido debía ser puesto a disposición de este juzgado

dentro de 24 horas siguientes a detención; que el día 14 de octubre se cita a los intervinientes a audiencia fijada mismo día a fin de resolver amparo presentado por defensor penal público Alexander Schneider a favor del imputado Rodolfo Gutiérrez quien se encontraría privado de libertad en el hospital El Pino sin intimación de orden judicial alguna; que en la audiencia el fiscal explica que no se le ha intimado orden porque imputado esta física y psíquicamente impedido y, de conformidad artículo 95 del Código procesal Penal se rechaza el amparo ordenando oficial inmediatamente al director del hospital para comunicarle que el imputado no está detenido en esta causa ni sometido a ningún tipo de privación de libertad; que por resolución de fecha 15 de octubre el tribunal, habiendo tomado conocimiento de la detención del imputado y por razones de distancia, exhortó al 32º Juzgado el Crimen Santiago para que realizara la audiencia de control de detención facultándolo para disponer la ampliación de la detención conforme artículo 132 del Código Procesal Penal, teniendo para ello presente los artículos 19 N° 7 de la Constitución, 131 inc 1 Código del Ramo, 5 del Código Orgánico de Tribunales y acta 69-2000 Corte Suprema numeral 5, notificándose vía fax y e-mail a todos los intervinientes; que la audiencia de control de detención se practicó ante el juez titular del juzgado exhortado el día 16 y en ella se dispuso ampliación de detención, devolviéndose el exhorto diligenciado el 17 y se fijó la audiencia de formalización para domingo 19 de octubre 11:00 hrs.

Informando la jefatura zona metropolitana de Carabineros, a fojas 94, indicó que recabados los antecedentes a la 14ª comisaría de San Bernardo se constató que amparado ingresó el 7 de octubre a las 12:40 horas al hospital; desde las 18:00 horas del mismo día y en cumplimiento de orden de investigar emanada de fiscalía de Temuco se dispuso custodia policial consistente en la mantención de 2 carabineros con contacto visual durante las 24 horas y el empadronamiento de todas las personas que visitaron al herido. Antecedentes que son repetidos en informe de la 14ª comisaría de San Bernardo rolante a fojas 95.

Informando el Departamento de Investigación Policial, a fojas 100 y siguientes, indicó que la orden de detención se recibió vía fax el 8 de octubre y antes que fuera diligenciada se llamó al fiscal Alberto Schifelle quien instruyó que ésta debía mantenerse pendiente, porque el imputado no se encontraba en condiciones físicas y plenitud psíquica para ser notificado, además solo se contaban con 24 horas para ponerlo a disposición del juzgado de Lautaro; que la orden se cumplió el 15 de octubre a las 11:00 horas en el frontis del hospital en circunstancias que el imputado había tomado la decisión de abandonar el recinto pese a no contar con alta médica, procedimiento que se desarrolla previa coordinación con fiscal Francisco Rojas y la intimación de la orden se hizo en presencia del abogado particular del imputado Rodrigo Torres, luego de lo cual se dispuso la internación del imputado para que continuara su recuperación, quedando bajo vigilancia y en calidad de detenido.

Encontrándose la causa Rit 1036-2003 del ingreso del Juzgado de Garantía de Lautaro ante esta corte para resolver un recurso presentada en ella, se dispuso traerla a la vista.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1° Que el defensor penal público que recurre a favor de Rodolfo Gutiérrez Fernández, estima ilegal la detención de su defendido en el Hospital El Pino desde el 8 de octubre hasta el día 15 porque no se le intimó orden respectiva; asimismo reclama la ilegalidad de la audiencia de control de la detención llevada a efecto ante la juez del 32° Juzgado del Crimen de Santiago y la resolución por la cual ella decretó la ampliación del plazo de detención;

2° Que son hechos que emanan de los informes evacuados en el recurso, así como de la carpeta judicial de la causa Rit 1036-2003 seguida ante el Juzgado de Garantía de Lautaro, que se ha tenido a la vista, los siguientes:

a) que Rodolfo Gutiérrez Fernández ingresó al Hospital El Pino de San Bernardo, herido de bala, el día 7 de octubre del presente año;

b) que el día mismo día desde las 18:00 horas, en virtud de una orden de investigar emanada de la fiscalía de Temuco se dispuso mantener en custodia al herido, la que se prolongó hasta el día 15 de octubre;

c) que el día 8 de octubre a petición del fiscal Rolando Melo la Juez de Garantía de Lautaro decretó la detención del amparado y una orden de registro e incautación;

d) que la orden de detención no fue intimada de inmediato al amparado por disponerlo así los fiscales

encargados de la investigación teniendo presente que el imputado no se encontraba en condiciones físicas ni psíquicas apropiadas;

e) que el día 14 de octubre se solicitó por la defensa del imputado una audiencia de amparo ante el juzgado de Garantía de Lautaro la que se llevó a efecto el mismo día y en la cual se rechazó éste, sin perjuicio de lo cual se ordenó oficiar al Director del Hospital El Pino para comunicarle que el imputado no se encontraba detenido ni sometido a ningún tipo de privación de libertad;

f) que el 15 de octubre le fue intimada legalmente la orden de detención al imputado en el frontis del hospital.

g) que ese mismo día se comunica la detención a la juez de Garantía de Lautaro, la que atendida razones de distancia exhorta al 32° Juzgado del Crimen de Santiago para que dicho juez proceda a realizar la audiencia de control de detención, facultándolo para otorgar plazo para la formalización;

h) que el día 16 de octubre se procede, por la juez exhortada, a controlar la detención y a ampliar el plazo de ésta, en cuya audiencia intervino el abogado Alexander Schneider quien solicitó la libertad del imputado alegando los mismos fundamentos vertidos en su recurso de amparo, la que fue denegada; e

i) que el día 17 de octubre, mismo día en que se dedujeron los recursos de amparo, el imputado fue trasladado a la cárcel de Lautaro.

3° Que desde ya es preciso señalar que la orden que fue intimada al amparado el día 15 de octubre emanó de autoridad

facultada legalmente para dictarla y se dispuso en los casos previstos por la ley procesal penal, por lo que no es ilegal;

4° Que, en cuanto a la alegación del recurrente, en orden a que el amparado se encontraba detenido sin intimación de orden judicial desde el día 8 de octubre debe señalarse que, de los antecedentes que arroja el proceso, lo único cierto es que éste permaneció vigilado por personal policial en forma permanente, sin que conste que se le haya esposado a la cama, impedido comunicarse con terceros o sometido a algún otro apremio ilegítimo. En este mismo orden de ideas, puede concluirse que Rodolfo Gutiérrez Fernández estuvo internado en el hospital no porque haya estado detenido, sino porque sus condiciones de salud le impedían desplazarse a otro lugar y tanto es así que cuando ya pudo hacerlo salió del hospital siendo detenido en el frontis por Carabineros que le intimaron la orden de detención que databa del día 8 de octubre.

5° Que, se ha alegado tanto por la autoridad encargada de diligenciar la orden de detención así como por el Ministerio Público que no se intimó inmediatamente ésta, porque el amparado no se encontraba en condiciones físicas o psíquicas de entender el contenido de la orden, cuestión que si bien puede ser discutible y llevar a preguntarse cuándo aquel estuvo en condiciones de hacerlo, no es determinante en este caso, por cuanto, por definición y naturaleza jurídica la detención es una medida cautelar personal que tiene por objeto asegurar los objetivos del procedimiento y que permite coartar la libertad de

desplazamiento del imputado. En este orden de ideas, mientras el imputado se encontrara hospitalizado, en proceso de recuperación de sus lesiones, no era necesario detenerlo por cuanto era inconducente, tanto porque no era necesario asegurar su persona, como porque en dicho lapso los fines del procedimiento no lo requería. Sólo surge la necesidad de intimar la orden y hacerla efectiva, como de hecho se hizo, el día 15 de octubre cuando el imputado ya estaba en condiciones de desplazarse y, con ello sustraerse al procedimiento. En otras palabras no resulta útil proceder a la detención cuando no es posible al imputado vulnerar los fines que se han tenido en mira para decretarla, máxime si desde que se intima surge un plazo perentorio para ser puesto a disposición del juez de garantía bajo las sanciones que señala la ley.

6° Que, en cuanto a la incompetencia del juzgado que intervino en la audiencia de control de la detención y decretó la ampliación del plazo de ésta, debe señalarse que éste actuó previa solicitud del tribunal que dictó la orden de detención, teniendo presente razones de distancia y, aunque la situación que se presentó no aparece regulada expresamente en la legislación procesal penal, que en otras áreas también presenta vacíos, debe recurrirse a cierta ideas que informan en sistema como lo son el principio de cautela de garantías del artículo 10 del Código Procesal Penal, la posibilidad de un tribunal para requerir a otro que realice ciertas diligencias dentro de su territorio jurisdiccional y la celeridad en la tramitación de los procesos que

informan diversas normas del Código Procesal Penal como aquellas que determinan plazos judiciales para la detención o el cierre de la investigación. Desde el punto de vista recién señalado y teniendo presente que la audiencia de control de detención se realizó en la ciudad en que se encontraba el detenido y, más aún, que se llevó a efecto en el mismo hospital donde todavía se encontraba internado, con la asistencia de su defensor y ante un juez imparcial que velara por sus garantías, no puede sino estimarse que el procedimiento se ajustó a la legalidad, más aún si se tiene presente que en dicha audiencia se controló una orden de detención emanada de autoridad judicial competente y dictada conforme a la ley, y no un caso de flagrancia donde cobra aún más importancia el control de detención.

7° Que, de lo expuesto en los considerandos que preceden, este tribunal concluye que no ha existido ilegalidad alguna que permita acoger el recurso de amparo deducido por el defensor Sr. Alexander Schneider, así como tampoco el amparo preventivo deducido por el padre del imputado.

8° Que, a mayor abundamiento, al momento de deducirse ambos recursos,

el día 17 de octubre, ya se había intimado la orden judicial, el imputado había sido trasladado a Lautaro y ya se había realizado una audiencia de amparo de garantías ante el Juzgado de Garantía de Lautaro y se había controlado la detención por el 32° Juzgado del Crimen de Santiago, por lo que resultan extemporáneos.

Y visto además lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política del Estado, se declara SIN LUGAR los recursos de amparo deducidos a favor de don Rodolfo Gutiérrez Fernández por don Miguel Gutiérrez Figueroa y el abogado defensor penal público don Alexander Schneider Oyanedel, a fojas 1 y 3 respectivamente.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Redacción del abogado integrante don Gabriel Montoya León.

Rol N° 501-2003.

Pronunciada por la Primera Sala.

Presidente: Sr. Fernando Carreño Ortega, Ministro Sr. Víctor Reyes Hernández y abogado Integrante Sr. Gabriel Montoya León.

- Rechaza recurso de amparo interpuesto por la Defensa alegando una detención ilegal por falta de intimación.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Talca.

Resumen:

La Defensa alegó en la audiencia de control de detención que la detención practicada fue ilegal, por cuanto no se dejó constancia escrita de haberse intimado en forma legal al imputado. El Juez de Garantía rechazó la alegación de la Defensa, recurriendo ésta de amparo. La Corte de Apelaciones de Talca rechazó el recurso interpuesto, señalando lo que se entiende por intimar, y aclarando que la intimación y lectura de derechos puede ser hecha verbalmente por la policía al momento de la detención, de lo que se debe cerciorar el Fiscal, y en su caso, el juez. Si ello no hubiere ocurrido, éstos deben hacerlo. En los autos en cuestión no constó que la orden de detención no le fuera exhibida, en cambio se probó que sus derechos le fueron informados, a lo menos, en el tribunal ante el cual fue llevado antes de 24 horas desde su detención. Concluyó por ello que la detención del imputado no fue ilegal.

Texto completo:

AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN

En Curicó, a veintitrés de octubre de dos mil tres.

Siendo las 10:35 horas, se da inicio a la audiencia, ante el señor Juez de Garantía don Carlos Gutiérrez Moya, en causa Rit N° 2568-2003, Ruc N° 0300139174-0. Por el Ministerio Público comparece el Fiscal Adjunto don Andrés Gaete Fuenzalida, con domicilio y forma de notificación ya registrados en el Tribunal. Por la Defensoría Penal Pública, comparece don José Lagos León, con domicilio y forma de notificación ya registrados en el Tribunal. El imputado don M. Á. Q. O., 17 años, C.I N° soltero, obrero, domiciliado en Lontué, calle San Carlos casa N° 5, fija domicilio para efectos de

notificación en Población Aguas Negras, Pasaje Putre 0392 de Curicó, quien confiere patrocinio y poder al Defensor. El Fiscal señala las circunstancias de la detención, que fueron ajustadas a derecho según sus antecedentes. El Defensor solicita se declare ilegal la detención, porque no se le intimó en forma legal la orden de detención al imputado, por la Policía, como lo ordena la Ley. El Tribunal declara ajustada a derecho la detención del imputado. El Fiscal solicita se amplíe el plazo de detención del imputado hasta el día 25 de octubre del presente año en horas de la mañana, porque no cuenta con todos los antecedentes de la investigación para poder formalizar en contra del imputado. El Defensor se opone porque el Ministerio Público al solicitar la detención del imputado, es porque tiene

todos los antecedentes para formalizar en contra del imputado.

El Tribunal resuelve.

VISTOS:

El artículo 132 del Código Procesal Penal, no distingue entre una detención en situación de flagrancia para poder ampliar el plazo de detención o una situación en que sea detenido el imputado en virtud de una orden de detención emanada por el Juez de Garantía competente, se aplica para ambos casos. El Tribunal estima que según el artículo 132 inciso final del Código Procesal Penal, considerando que el Ministerio Público, en esta audiencia no cuenta con todos los antecedentes para preparar y formalizar directamente la investigación en contra del imputado M. Á. Q. O. y con la finalidad de preparar adecuadamente su presentación, se declara ha lugar a la petición del Ministerio Público, ampliase el plazo de detención del imputado M. Á. Q. O., hasta el día sábado 25 de octubre de 2003, a las 12:00 horas, fecha y hora en que tendrá lugar la audiencia de formalización de la investigación. Dése orden de ingreso en contra del imputado M. Á. Q. O. en el Centro de Observación y Diagnóstico CERECO, Peullas de San Agustín de Talca, quien debe ser puesto a disposición del Tribunal el día y hora de la audiencia de Formalización de la Investigación. El Fiscal solicita se suspenda la audiencia para formalizar la investigación en contra de don M. Á. L. L..

El Tribunal resuelve: A petición del Ministerio Público se suspende la audiencia de formalización de la investigación, en contra del imputado M.

Á. L. L., que se llevaría a efecto hoy jueves 23 de octubre de 2003, a las 17:00 horas y se fija una nueva audiencia de formalización de investigación en contra del imputado M. Á. L. L., para el día sábado 25 de octubre de 2003 a las 12:00 horas, con la finalidad que el Ministerio Público pueda formalizar la investigación a ambos imputados simultáneamente.

El Fiscal solicita que se autorice lo señalado en el artículo 193 del Código Procesal Penal.

El Tribunal resuelve: Atendido lo dispuesto en el artículo 193 del Código Procesal Penal, se autoriza al Fiscal Adjunto de Curicó, don Andrés Gaete Fuenzalida a ordenar que el imputado M. Á. Q. O. sea conducido a la Fiscalía Local de Curicó, para realizar diligencias de investigación, comunicando a su Abogado Defensor, para que pueda ejercer los derechos del imputado.

El Tribunal pone término a la presente audiencia siendo las 10:50 horas, quedando todos los intervinientes notificados de lo resuelto en ella.

Rit N° 2568-2003

Ruc N° 0300139174-0.

Dictada por don Carlos Gutiérrez Moya, Juez de Garantía de Curicó.

Talca, veintinueve de octubre de dos mil tres

Vistos:

Se ha presentado a fs. 1 al Defensor Penal Público de Curicó, don José Joaquín Lagos León en nombre y en representación de M. A. Q. O., estudiante, domiciliado en Lontué calle San Carlos N° 5, y solicita se ordene la

inmediata libertad del mencionado menor, pues su detención a sido ilegal, fundándose en que a las 11:20 horas del día miércoles 22 de octubre en curso fue detenido en el interior de su domicilio, en virtud de orden despachada por el Juez de Garantía de Curicó, don Carlos Gutiérrez. El día 23, a las 10:35 horas, se llevo a efecto la audiencia de control de la detención, en la que se alegó la ilegalidad de la misma, porque no había constancia escrita de haberse intimado la referida orden y a que el imputado manifestó de su detención que no se le habían leído sus derechos como igualmente nadie la había exhibido (intimado) la correspondiente orden de detención; de modo que no había acta de intimación. No obstante, el Juez de Garantía no declaro ilegal la detención en razón del principio de la objetividad que rige al Ministerio Público con lo que le cree al Fiscal, aun cuando no existe registro escrito en donde conste haberse intimado, criterio del Juez que va contra el texto expreso del artículo 125, en relación con el artículo 228, ambos del Código Procesal Penal. A mayor abundamiento la Ley de Menores aplicable igualmente al caso exige que al detenerse a un menor de edad debe ser puesto en forma inmediata a disposición del Juez de Garantía, lo que no ocurrió en la especie, ya que lo fue trascurrido más de 23 horas de su detención.

A fs. 9 el Juez de Garantía de Curicó don Carlos Daniel Gutiérrez Moya, evacua el informe requerido y expresa que la detención de M. A. Q. O., A sido decretada y mantenida en conformidad con lo rescrito en el artículo

132 inciso final del Código Procesal Penal que faculta al tribunal a ampliar la detención del imputado, como se hizo, y además no existe disposición legal alguna que ordene al juez de garantía declarar ilegal la declaración por el simple hecho que el Ministerio Público no haya dejado constancia en un acta que la ordene de detención fue intimada en forma legal al detenido. En todo caso la orden de detención N° 102/2003, de 21 de octubre de 2003, que se despachara en contra del imputado Q.O expresa que "debe ser conducido directa a inmediatamente ante el Juzgado de Garantía de Curicó que expidió la orden de detención", cuyo control se realizó a primera audiencia, predetermina para el día 23 de octubre de 2003, en la que se rechazó la petición de la defensa de declararla ilegal la detención y la declaró ajustada a derecho y fijó audiencia de formalización para el día 25 de octubre en curso a las 12:00 horas.

A fs. 12 vta. de trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

1) Que acción de amparo se hace consistir básicamente en que no existe constancia escrita de haber sido intimada la orden de detención despachada por el Juez de Garantía de Curicó en contra de M. A. Q. O; no habersele exhibido la indicada orden y no haber sido puesto en forma inmediata a disposición del referido Juez.

2) Que del merito de autos, lo expuesto por el Defensor Penal Público y el Fiscal del Ministerio Público, que concurrieron a estrados y antecedentes relativos a la audiencia de control de

detención de 23 de abril de 2002 y orden de detención N° 102/2003, acompañados en el informe de fs. 9 se desprende que son hechos no controvertidos en el recurso los que siguen:

a) En causa RUC 0300139174-6 y RIT 2568-2003, el Juez de Garantía de Curicó recurrido, a solicitud del ministerio público, ordena la detención de M. A. Q. O.; como también autoriza la entrada y registro del lugar cerrado en que se encuentra dicho imputado, sin notificación al dueño o encargado del recinto y encomienda la detención a la Policía de Investigaciones de Chile, cuyos funcionarios deben identificarse e intimar en forma legal la indicada orden y conducir al detenido directa e inmediatamente ante el Juzgado de Garantía que expidió la referida orden”

b) que el 23 de octubre en curso, a las 10:35 horas, se lleva efecto la audiencia de control de detención del imputado Q. O. en la que el Defensor Penal Público solicita de declare ilegal la misma porque no fue intimada en forma legal por la policía, como lo ordena la ley.

El tribunal resuelve que la referida detención se ajusta a derecho y la amplía hasta el 25 de octubre de 2003, a las 12:00, fecha y hora en que tendrá lugar la audiencia de formalización de la investigación.

3) Que el artículo 125 del Código Procesal Penal prescribe que: “Ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por ley *después que dicha orden fuere intimada en forma legal*”, y su artículo 135 inciso primero dispone que: “El funcionario público a

cargo del procedimiento de detención deberá *informar* al afectado acerca del motivo de la detención, al momento de practicarla”.

4) Que el Diccionario de la Lengua Española, en una de sus acepciones, dice que intimar significa “requerir, exigir el cumplimiento de algo, especialmente con autoridad o fuerza para obligar hacerlo”; requerir, “intimar, avisar o hacer saber una cosa con autoridad pública”, e informar, “enterar, dar noticia de una cosa”.

5) Que de los preceptos legales antes transcritos se infiere que la intimación y la información del motivo de la detención se puede hacer saber o dar noticia de ella verbalmente por el funcionario público que la lleve a efecto, de cuyo cumplimiento debe cerciorarse el fiscal y, en su caso, el juez, y si comprobaren que ello no hubiere ocurrido, *informarán de sus derechos al detenido* y remitirán oficio, con los antecedentes respectivos, a la autoridad competente, con el objeto que aplique las sanciones disciplinarias correspondientes o inicie las investigaciones penales que procedieren, como lo dispone el artículo 136 del Código ya aludido; sin que concurran datos precisos en estos autos que permitan concluir que la orden escrita en comento efectivamente no se le hubiere exhibido al amparado.

6) Que esta Corte oyó el disco compacto de la audiencia de control de detención en la que el imputado expresa que *“conozco el motivo de mi detención pero no me leyeron los derechos y no me mostraron nada, y los derechos los firmé aquí”*, lo que indica que éstos les fueron informados en el tribunal.

7) Que, por otra parte, cabe considerar que la audiencia de control de la detención, con arreglo a lo prevenido en el artículo 132 del cuerpo legal tantas veces citado, es el momento del procedimiento a través del cual se pone fin a la detención; salvo que el juez, accediendo a la solicitud del fiscal, disponga la ampliación del plazo hasta por tres días, la que no fue impugnada, como ocurrió en la especie.

8) Que, finalmente, de los antecedentes que se han tenido en cuenta aparece también que el imputado se condujo a la presencia del juez que dictó su detención a la primera audiencia judicial antes que transcurriera el plazo de veinticuatro horas determinado por el inciso primero del artículo 131 del Código Procesal Penal.

9) Que, acorde a lo expuesto, en la detención del imputado que ha recurrido de amparo no se ha expedido con infracción a la Constitución y a las leyes que la rigen en este caso, motivo por el cual se desestimaré dicha acción deducida a fs. 1.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo prescrito en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, artículo 95 inciso final del Código Procesal Penal y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema, de 19 de diciembre de 1932, sobre tramitación y fallo del recurso de que se trata, se rechaza el interpuesto a fs. 1 por el Defensor Penal Público José Joaquín Lagos León, en nombre y representación del imputado M.A.Q.O.

Redacción del Ministro don Luis Carrasco González.

Regístrese y, en su oportunidad devuélvase la carpeta y disco compacto acompañado, archívese.

Rol N° 1.125.

//nunciada por el Presidente de la PRIMERA SALA, Ministro señor MANUEL ZAÑARTU VERA; Ministro señor LUIS CARRASCO GONZÁLEZ; Integrante señor EUGENIO CRUZ DONOSO.-

The page features a large, abstract graphic design in shades of grey. It includes a curved bar at the top, a semi-circle on the left, and a large, irregular shape on the right. A dark grey horizontal bar is positioned across the middle, containing the Roman numeral 'II'.

II

Sentencias Comentadas

LA ENTREGA VIGILADA

GUILLERMO RUIZ PULIDO

*Consejero del Consejo de Defensa del Estado;
ex abogado integrante de las Cortes de Apelaciones
de San Miguel y de Santiago*

- Sentencias:

Arica, veintiocho de octubre de dos mil tres.

VISTOS:

PRIMERO: Que, con fechas veinte, veintiuno, veintidós y veintitrés de octubre en curso, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, presidido por don Rodrigo Olavarría Rodríguez y constituido por los jueces don Julio Aguilar Fuentes y doña María Verónica Quiroz, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral en la causa rol único 0310000290-5 y rol interno del tribunal N° 17/2003, seguida en contra de **LUIS ALEJANDRO MONARDEZ TAPIA**, chofer, RUT 12.803.387-4 con domicilio en Guacolda 1513 Población Maipú Oriente, Arica; **LUIS ANTONIO MARÍN ROJO**, pintor, RUT 4.099.691-5 domiciliado en Errázuriz 90 Coquimbo; **MARÍA TERESA MICHEA ROBLEDO**, dueña de casa, RUT 7.916.623-5, domiciliada en Capitán Ávalos 2611, Arica, todos ellos con antecedentes penales anteriores; **LUIS ROMELIO MARÍN FLORES**, chofer, RUT 12.570.311-9, domiciliado en Arturo Godoy N° 26, Coquimbo, y **JACQUELINE JULIA DIAZ HEREDIA**, dueña de casa, RUT 10.422.703-1 domiciliada en Pasaje 13 N° 1021 Pob. Juan Noé, Arica, ambos sin antecedentes penales anteriores,

actualmente, la tercera, privada de libertad en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Acha de la ciudad de Arica.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público representado por el fiscal adjunto, don Heriberto Reyes Carrasco, domiciliado en calle Manuel Rodríguez N° 363.

La defensa de los imputados Michea Robledo, Marín Flores y Marín Rojo estuvo a cargo de la Defensoría Penal Pública representada por los abogados, don Marco Montero Cid, y don Eduardo Rodríguez Muñoz, ambos con domicilio en calle Baquedano N° 792, oficina 5.

La defensa del imputado Monardez Tapia fue asumida por la Defensoría Penal Pública, abogado don Carlos Verdejo Galleguillos, con domicilio en calle Baquedano N° 792, oficina 5; y la de la imputada Díaz Heredia fue representada por el Defensor Penal Privado, don Francisco Cataldo Araya, con domicilio en Baquedano 792, Piso 2, Oficina 2.

SEGUNDO: Que, los hechos en que se funda la acusación, según se lee en el auto de apertura del juicio oral, ocurrieron el día 22 de enero de 2003 cerca de las 21:00 horas en circunstancias que LUIS ALEJANDRO

MONARDEZ TAPIA se presentó en el Terminal Rodoviario de Arica, portando una maleta de color negro conteniendo en su interior cinco envases plásticos del tipo botellas desechables, las que contendrían 6,67 kilogramos de pasta base de cocaína. Dicha detección fue hecha en una revisión de rutina por personal del Servicio Nacional de Aduanas.

La droga que transportaba Monardez Tapia, le había sido entregada en esta ciudad por María Michea Robledo, previo contacto con Jacqueline Díaz Heredia y Adolfo Antonio Rivera Godoy para ser trasladada y entregada en la ciudad de Coquimbo a Luis Marín Rojo, a cambio de un pago de dos (2) millones de pesos.

Mediante la técnica de agente (sic), para verificar la versión de Monardez se dispuso el traslado del agente hasta la casa de María Michea Robledo, donde tomó contacto con la imputada, ultimando los detalles de la entrega de droga en la ciudad de Coquimbo. Monardez Tapia acordó el punto de entrega de la droga en Coquimbo, de acuerdo con las instrucciones que recibió de Jacqueline Díaz y María Michea. Se practicó la entrega vigilada de la droga con orden del Tribunal de Garantía de Arica.

En la ciudad de Coquimbo se procedió a la detención de Luis Marín Rojo, Marín Flores y Luis Monardez Tapia, que habiendo transitado desde la ciudad de Arica con la cantidad de 6.67 kilogramos de pasta base de cocaína, por encargo expreso de doña María y Jacqueline, conspirando para el hecho con Adolfo Antonio Rivera

Godoy, practicó la entrega en la ciudad de Coquimbo. Monardez Tapia tomó contacto con Marín Rojo y este último, concurrió a la compra de droga en compañía de su hijo Luis Marín Flores. Marín Rojo recibió el bolso con 6,67 kilogramos de pasta base de cocaína y a cambio entregó a Monardez Tapia la suma de un millón de pesos en dinero efectivo.

El Ministerio Público sostuvo que los hechos descritos precedentemente son constitutivos del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 5° en relación con el 1 inciso 2° de la Ley N° 19.366, atribuyéndoles la calidad de autores ejecutores del delito materia de la acusación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, toda vez que de manera inmediata y directa promovieron y facilitaron el uso o consumo de drogas:

En opinión de la Fiscalía, concurren en la especie las siguientes circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal:

En María Michea Robledo, concurre la agravante de responsabilidad penal de reincidencia específica contemplada en el artículo 12 N° 16 del Código Penal.

Favorece la minorante de responsabilidad penal de irreprochable conducta anterior a los imputados Jacqueline Julia Díaz Heredia y Luis Romelio Marín Flores, ambos sin anotaciones prontuariales pretéritas en su extracto de filiación.

No concurren respecto a los acusados Luis Alejandro Monardez Tapia y Luis Antonio Marín Rojo

circunstancias ordinarias modificatorias de responsabilidad penal. Si concurre a favor del primero la minorante especial del artículo 33 de la Ley 19.366.

Son aplicables al caso los siguientes preceptos legales; artículos 1; 11 N° 6; 12 N° 16, 15 N° 1; 24; 28; 50; 68; del Código Penal; y artículos; 1, 5, 33, 40 de la ley 19.366, y 1 del Reglamento de la ley N° 19.366

La Fiscalía requiere que se imponga a los imputados las penas que a continuación se indican:

LUIS ALEJANDRO MONARDEZ TAPIA la pena de 541 días de presidio menor en grado medio y Multa de 40 Unidades Tributarias Mensuales, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena. (sic)

LUIS ROMELIO MARIN FLORES y JACQUELINE JULIA DIAZ HEREDIA, sendas penas de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y Multa de 100 Unidades Tributarias mensuales, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

LUIS ANTONIO MARIN ROJO la pena de 7 años de presidio mayor en grado mínimo y Multa de 150 Unidades Tributarias mensuales, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

MARIA MICHEA ROBLEDI, la pena de 10 años y un día de presidio mayor en grado medio y Multa de 200 Unidades Tributarias mensuales, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Además pide se condene a todos los acusados al pago de las costas según lo prescrito en artículo 45 y siguientes del Código Procesal Penal y comiso de las especies y dineros incautados que provenían del delito o servían a su perpetración.

TERCERO: Que el Ministerio Público y el Defensor Penal Privado en representación de la imputada Jacqueline Díaz Heredia, acordaron como convención probatoria que dicha acusada no registra antecedentes pretéritos en su extracto de filiación.

- Que el Ministerio Público, y el Defensor Penal Público Sr. Marco Montero, en representación de Luis Marín Flores, acordaron como convención probatoria que el imputado Luis Rogelio Marín Flores no registra antecedentes en su extracto de filiación.

CUARTO: Que, renunciando a su derecho a guardar silencio, prestó declaración, a modo de defensa, el acusado **Luis Alejandro Monardez Tapia**, quien refiere haber conocido a Jacqueline Julia Díaz Heredia en la población Juan Noé, porque le iba a efectuar una mudanza a Rancagua; con el tiempo ésta le presentó a Adolfo Rivera y le dijo que en realidad no era flete de muebles sino de droga, entonces Adolfo lo llevó a la casa de María Teresa Michea Robledo quien

debía entregarle la droga, fue allí con Jacqueline Díaz y con Adolfo Rivera pero no le presentaron a María Teresa, sino sólo le mostraron la casa de ésta; al día siguiente debía concurrir allí, donde consultó de acuerdo a las instrucciones por María "la de las empanadas", ésta lo hizo pasar al living, donde ella levanta un cojín de un sillón y le hace entrega de cinco botellas plásticas conteniendo droga, además, le dio el número de celular de don Adolfo, el que cumplía condena con reclusión nocturna; acto seguido, tomó un colectivo y se trasladó a la residencial "Don Pepe" donde alojaba, lugar en el que guardó la droga bajo la cama. Al día siguiente, en la mañana, compró pasajes para las 22:00 horas de ese día a La Serena vía Calama, volvió a la residencial, tomó la maleta y a las 21:00 horas llegó al terminal de buses con ella, al momento de la revisión, él abrió su valija, y luego al cerrarla el aduanero se percató que estaba pesada, para justificar ello señaló que eran libros y ante la acción del funcionario, que comenzó a revisar nuevamente la maleta, le manifestó que le faltaba un bolso que iba a buscar, retirándose del recinto y, conforme a las instrucciones recibidas, botó el celular e inmediatamente tomó un colectivo, sin rumbo; finalmente llegó a los juegos de Chinchorro en donde permaneció toda la noche al lado del puente. Posteriormente se dirigió al sector de los tribunales, llamó a una persona conocida y le pidió consejos, diciéndole que tenía un amigo con problemas de drogas, la que le contestó que se entregara su amigo, por tanto, fue a fiscalía a las 13:00 horas, habló con el

fiscal Heriberto Reyes y le relató lo sucedido, diciéndole que se venía a entregar por un caso de droga, a continuación llegó el subcomisario Sr. Méndez quien, enterado de estos hechos, le habló de cooperar y de hacer una entrega vigilada; acto seguido lo llevan al cuartel de Belén en donde dio los domicilios de Jacqueline Díaz Heredia y María Teresa Michea. En este procedimiento el subcomisario Méndez se vistió de mecánico, se echó grasa en la cara y en las manos y fueron juntos a casa de María Michea, contándole Monardez que había quedado en panne en el camión y que en "una volada" que se había pegado, perdió el número de teléfono de don Adolfo y de "David" – persona esta última a quien debía entregarle la droga en Coquimbo- a lo cual ella se los volvió a dar, del mismo modo, él le da el nuevo número de celular que Investigaciones le había pasado, pues el de él lo había botado en el terminal rodoviario. Añade que funcionarios policiales viajan a La Serena con él, llamándolo don Adolfo vía celular al número que le habían dado aquellos, diciéndole a Adolfo que llegaría al día siguiente, dándole el número de celular de un tal "David", no obstante que en esos momentos se encontraba en La Serena y a Adolfo le dijo que aún se encontraba en Copiapó. Al otro día llamó a "David", quedando de hacer la entrega en la bomba Copec en Coquimbo, cerca de una plaza y un cementerio; refiere que los funcionarios policiales lo llevaron en un furgón hasta el sector de Peñuelas, allí llamó por celular a "David", el que le señaló tenía el dinero para la compra; así, él se trasladó en una micro acompañado de

dos funcionarios policiales, bajándose y cruzando hacia la plaza. El tal "David" previamente le había hecho una descripción de sus ropas a objeto que lo reconociera y le señaló que estaría sentado en una banca, donde lo ubica, se saludan y David sacó de su bolsillo un paquete con un millón de pesos, diciéndole que el restante dinero se lo depositaría a Jacqueline; ante ello, le pasó la bolsa con droga a David, acto seguido llegó la policía, se hace un disparo al aire y el hijo de David que lo acompañaba salió corriendo, los detienen y posteriormente retornan a Arica en una avioneta de Investigaciones.

Contra interrogado por el fiscal señala que fue a entregarse a fiscalía, nadie lo arrestó, sino que se presentó voluntariamente y después cooperó con el fin de obtener la colaboración eficaz. Requerido por el fiscal si ubicaba en la audiencia a alguno de los acusados a que ha hecho referencia anteriormente, dice que sí, los reconoce y preguntados los enjuiciados por el tribunal por sus identidades, manifiestan llamarse Jacqueline Díaz, Luis Marín Rojo, Luis Marín Flores y María Teresa Michea; del mismo modo, reconoce las evidencias incorporadas al juicio por la fiscalía, consistentes en botellas enhuinchadas contenedoras de droga, la maleta en la cual estas se encontraban y la bolsa en que portaba la droga. Refiere, además, que cuando llegó a La Serena recibe un llamado de don Adolfo y él le dice que se va a quedar a dormir en Copiapó, pero la verdad es que ya estaba en La Serena con los policías.

Contra interrogado por la Defensoría Penal Pública, don Marco

Montero Cid, reconoce que materialmente sólo volvió a tener contacto con la droga cuando los funcionarios de Investigaciones se la pasaron uno o dos minutos antes de hacer la entrega de la referida sustancia en Coquimbo; hasta antes de su detención manifiesta que no había tenido contacto con Marín Flores ni con Marín Rojo.

Contra interrogado por la Defensoría Penal Pública, don Carlos Verdejo, respecto a la secuencia de las fechas de ocurrencia de los hechos, precisa que el lunes 20 de enero se junta con Jacqueline y Adolfo, el martes 21 va a buscar la droga donde María Teresa Michea, el miércoles 22 va a comprar los pasajes al terminal de buses a las 21:00 horas concurre al rodoviario, pasa la noche en la playa, el jueves 23 se presenta a la fiscalía a las 13:00 horas, el viernes 24 en la noche llega a La Serena y el sábado 25 a medio día hizo la entrega.

Que, renunciando a su derecho a guardar silencio, prestó declaración a modo de defensa, la acusada **Jacqueline Julia Díaz Heredia**, quien señaló haber sido detenida en su domicilio el 25 de enero del presente año y luego llevada al cuartel de Belén, estaba allí cuando llegó María Michea, un detective le preguntó si la reconocía y ella respondió que no, añade sí que conoció a Monardez con seis o siete meses de anticipación, cuando éste concurría a un restaurante de propiedad de su madre, en donde ella trabajaba como garzona; a Adolfo Rivera lo conoció porque ella tiene un hermano preso por tráfico y éste tiene en la cárcel a dos hijos, uno

de ellos llamado René y fue él a quien le vendió un auto. Añade que nunca vio a Monardez con un camión y que el día de su detención ella fue a la casa de empeño porque le faltaba dinero para matricular a su hija en la universidad, entre las 16:00 y 18:00 horas de ese día estaba matriculando a su hija y que el auto que está en su casa no es suyo, sino que de René, a quien se refirió precedentemente, el cual se encuentra en panne.

Que, renunciando a su derecho a guardar silencio, prestó declaración a modo de defensa, el acusado **Luis Antonio Marín Rojo**, quien dice que un día caminaba por el centro de Coquimbo y se encuentra con una amiga de años, ésta le contó que falleció Guido Rivera en Arica, le dio la dirección de Adolfo Rivera Godoy, lo ubicó el 4 de enero de 2003, no sabe dónde se juntaron, él le dijo que trabajaba en soldadura al arco y necesitaba un motor y Rivera le ofreció un kilo de pasta base de cocaína, que se lo iba a dejar a Coquimbo y le dijo que iba a buscar medio de transporte; el 24 de ese mes le dijo que iba el paquete, lo llamaron un viernes en la noche desde Copiapó diciéndole que al día siguiente fuera a la Copec de Baquedano para entregarle la droga; el sábado poco antes fue a la caleta de pescadores y se encontró con su hijo, quien compraba pescado, y a quien le pidió lo fuera a buscar a la Copec, él se fue en micro, éste llegó a las 11:50 horas y le dijo que esperaba una encomienda que le mandaba su hermana desde Iquique, luego cerca de las 12:00 horas llegó Monardez, se van a un banco de la plaza, el le pasó la plata y recibió el bolso, hecha la

transacción, llegó Investigaciones y lo detuvieron.

Contra interrogado por el fiscal, responde que conocía a Adolfo Rivera hace años, éste le dijo que le mandaba un kilo, por ese paquete le pagó \$1.200.000, el resto se lo mandaría después. Que su hijo se juntó con él en la Copec porque él le dijo que lo fuera a buscar allí cerca de las 12:00 horas; su hijo conducía un vehículo colectivo que él maneja; ese sábado aquél estaba en la caleta comprando pescado y allí lo encontró y le pidió el favor de ir a buscarlo. Reunidos en la plaza de la Copec se sentaron a una distancia de unos 10 a 15 centímetros y agrega que cuando llega Alejandro Monardez lo llamó de "David" y eso le extrañó a su hijo. Explica que él había acordado con Alejandro Monardez que él se iba a llamar "David", pero su hijo desconocía esto, al escucharlo, miró como asustado; señala que antes fue condenado por tráfico de pasta base de cocaína.

Contra interrogado por el Defensor Penal Público, don Carlos Verdejo, señala que vino a Arica por lo del fallecimiento de su amigo y se junto con Rivera el 04 de enero, éste le dijo que allí le daban una pieza, no había más gente, el colectivo lo dejó en ese domicilio.

Contra interrogado por el Defensor Penal Privado, don Francisco Cataldo, señala que se contactó con Monardez Tapia por el celular, Monardez le dijo que era Alejandro, que estaba en Copiapó y llegaba el sábado a Coquimbo, que venía de Arica, agrega que le preguntó a Monardez si venía de parte de alguien a Coquimbo, le dijo que

le llevaba "el paquete", no le mencionó a don Adolfo Rivera. En el momento de la Copec, estaban los dos con su hijo sentados, cuando llegó Alejandro, él se fue a otro asiento, no se preocupó de su hijo. Alejandro le entregó una bolsa cerrada, no la abrió, sin embargo, le pasó \$1.000.000 a Monardez y en esos instantes los detuvieron los policías. Además, menciona que nunca había escuchado hablar de Jacqueline Díaz Heredia, la indica en la sala de audiencia y agrega que jamás la había visto, la conoció al estar detenido.

Contra interrogado por la Defensoría Penal Pública, don Marco Montero, indica que él no vivía con su hijo, quien manejaba un colectivo de su hermana Andrea Marín, agrega que el día sábado se encontró con su hijo en la caleta, justo el día equivocado, pues él no sabía que iría a buscar droga, que su hijo no lo escuchó conversar por celular con Alejandro Monardez. Asimismo, declara no conocer a María Michea, que la conoció cuando fue detenido, y que de ninguna de las dos mujeres había oído hablar antes de ello.

Que, renunciando a su derecho a guardar silencio, prestó declaración a modo de defensa el acusado **Luis Rogelio Marín Flores**, expuso que se desempeña como chofer de taxi colectivo de una hermana. En cuanto a los hechos relata que un sábado su señora le pidió comprara pescado y verduras para el almuerzo, baja a las 10,00 horas a la caleta de pescadores, compra pescado a don Jorge Pizarro; mientras conversaban aparece su padre Luis Marín y le pide que cerca de las 12,00 horas lo vaya a buscar cerca del cementerio, a lo que accedió; hizo hora,

se fue al vehículo y en él fue en busca de su padre, estacionó, lo vio sólo, sentado en un banco de la plaza, le preguntó el motivo y éste le señaló que una hermana de Iquique le enviaba una encomienda con una persona que lo llamó "David", notó algo raro, se paró para ver qué pasaba, en eso llegan unos hombres, lo encañonaron con pistola en mano y por eso salió arrancando; a 200 metros lo detienen y se identifican como policías. En el calabozo, le recriminó a su padre que no se metiera más en estas cosas, no le hizo caso, agrega que lo demás es problema de él.

Contra interrogado por el fiscal, señala que en la caleta de pescadores se encontró con su papá como a las 11,00 horas y, en la plaza cerca de las 12,00 hrs.; pasaron cerca de 50 minutos, hizo hora en la caleta; no llevó de inmediato a su padre, pues se quedó conversando con Víctor Pizarro Flores. Que su papá en la plaza estaba sólo y le extrañó que el tercero lo llamara "David"; cuando Alejandro Monardez llegó, vio la entrega del bolso de éste a su padre; en el momento que corrió avanzó unos 200 metros, no escuchó gritos de "alto, policía", "deténgase", pues iba corriendo, al momento de la detención de su padre estaba a 20 metros y al correr sintió el disparo, antes no.

Contra interrogado por el Defensor Penal Público, don Carlos Verdejo, expone que supo que su padre estuvo preso antes por tráfico; ese día su padre estaba trayendo el dinero, Monardez lo llama "David" y su padre le dice que lo espere, él, a su vez, se aleja hasta 20 metros para ver qué pasaba y,

al ver los hombres armados que llegaron, pensó que estaban asaltando a su padre y arrancó por susto.

Contra interrogado por el Defensor Penal Privado, don Francisco Cataldo, señala que hasta ser detenido no conocía a Jacqueline Díaz Heredia, como tampoco conoció a Adolfo Rivera.

Contra interrogado por la Defensoría Penal Pública, don Marcos Montero, declara que nunca antes estuvo detenido, que trabajaba como chofer de colectivo. Que la relación con su padre hasta antes de la detención era buena. Dice que las personas que se acercan a su papá andaban de civil y armadas, y pensó que lo estaban asaltando, no se identificaron como policías, agrega que no sabe por qué no se subió al vehículo cuando detuvieron al papá, estaba confundido y nervioso, finaliza expresando que actualmente se encuentra en libertad, con medida cautelar, firmando lunes y viernes, sin poder salir de Arica.

Que, renunciando a su derecho a guardar silencio, prestó declaración a modo de defensa, la acusada **María Teresa Michea Robledo**, relata que un día llegó a su casa un caballero de nombre Adolfo Rivera a ver los niños de una amiga que ella cuidaba y le dijo que estaba con la salida diaria, le pidió le cocinara y porque tiene dos hijos detenidos, ella se ofreció a hacerle sus cosas, nació una relación de trabajo con este caballero, los días domingo pasaba a buscar las cosas para llevarlas a sus hijos. Un día lunes aparece una persona en su casa, le preguntó si era "la señora de las empanadas" y le dijo que venía de parte del Sr. Adolfo, le consultó si era su polola. Manifestó que necesitaba

comunicarse con él, pues estaba cargando en Azapa; el día martes en la mañana la declarante fue a casa de su madre, le pidió el teléfono para darle al Sr. Adolfo el recado de un tal Alejandro, que dijo necesitaba comunicarse con él, el Sr. Adolfo le señaló que ese Alejandro era un amigo, chofer de camiones. En la noche, Adolfo le dijo que él pensaba mandar a buscar una máquina a Coquimbo y el joven Alejandro iba a pasar a buscar la máquina. Que a su casa fue Alejandro, lo hizo pasar, don Adolfo le pidió si podía conversar con él, le dijo "síéntese" pero con cuidado pues están en mal estado los cojines, luego fue a ver los niños y cuando bajó no estaban estas dos personas. El martes llegó don Adolfo a casa con una encomienda para sus hijos, le dijo le preparara un pescado y al día siguiente vendría a buscarlo. El día jueves alrededor de las 12:20 horas aparece Alejandro, le extrañó porque don Adolfo le había manifestado que se iría de viaje, le dijo que tenía una panne mecánica, venía con otra persona y que necesitaba hablar con don Adolfo y requería el número de teléfono de don Adolfo porque el celular se le había echado a perder. Ella tenía un celular con un número, le dijo si deseaba lo usara, apretó el celular y le preguntó "si hay más mercadería" y ella, sorprendida, le dijo "no sé". La persona que lo acompañaba le dijo que tenía que viajar rápido por un problema de cambio de repuestos. A las 12:30 horas llegó don Adolfo, y ella le manifestó que lo buscaba Alejandro y que le dio el número de su celular; que mientras conversaban, sonó el celular y Alejandro le dijo que no había podido comunicarse

con don Adolfo, entonces ella le pasó el celular a don Adolfo, salió éste a hablar, como 15 minutos, luego le sirvió almuerzo y se retiró. Ese día jueves se fue el caballero y no supo nada más, hasta el sábado a las cinco de la tarde, momento en que llegaron unos policías y le dijeron que venían a registrar. Les expresó que vivía con sus hijos, ella estaba cocinando, les mostró todo, no encontraron nada; les agregó que el día domingo venía gente a comprarle cosas, le preguntaron sobre otras personas y les dijo que a veces venía don Adolfo, a quien le lavaba y le planchaba.

Le manifestaron que en Coquimbo se incautó una droga que salió de su casa, le preguntaron por don Adolfo y les dijo que ese día debía estar en su casa, pues debía traerle mercadería para cocinar, les señaló que su hijo sabía como ubicar a don Adolfo y en el mismo auto policial fueron a la casa que su hijo les indicó; no estaba don Adolfo, luego le dijeron que debería acompañarlos a Investigaciones, se quedan policías vigilando la casa; en Investigaciones iba apenada y la señorita le preguntó por si conocía a una persona que estaba sentada – Jacqueline Díaz Heredia -, le dijo que nunca la había visto, que salió y estaba su hermana y le pidió que ubicara al caballero Adolfo que la involucró en esto; tenía la esperanza que don Adolfo aclarara lo que había hecho. Dice que es inocente, que ha pagado caro sin tener responsabilidad. Reconoce el sillón que se le exhibe en la audiencia y dice tenía otros cojines.

Contra interrogada por la fiscalía, señala que conoce la pasta base de cocaína, ya que estuvo

detenida el año 2000 por tráfico de estupefacientes, condenada a 3 años y un día con libertad vigilada (sic). Dijo conocer a Adolfo Rivera desde un año antes de ser detenida, él estaba saliendo con la diaria, y le dijo que sus hijos estaban detenidos, él cumplía pena por tráfico; en el momento de su detención vivía con sus dos hijos menores, arrendaba en esa casa; de mobiliario tiene tres sillones deteriorados y les puso cojines porque se hundían. Además señala que vio el lunes por primera vez a Alejandro Monardez Tapia –persona a quien reconoce en la audiencia- cuando se presentó en su casa, antes no lo había visto y le dijo que venía de parte de don Adolfo, dejó el recado, pues le expresó estaba apurado, estaba cargando en Azapa y deseaba ubicar a don Adolfo; otro sujeto, que lo acompañaba, andaba con overol y engrasado. Alejandro le estaba pidiendo un número telefónico, pues deseaba urgente comunicarse con él y lo sacó de su celular, ella no sabía manejarlo. Indica que le dio el número de teléfono porque él le manifestó que necesitaba urgente comunicarse con don Adolfo, cuando éste conversó con don Adolfo no supo qué hablaron.

Contra interrogada por el Defensor Penal Público, don Carlos Verdejo, señala que escuchó la declaración de Monardez y sabe que está mintiendo. Indica que no grabó el nombre de don Adolfo en el celular, que el número estaba allí. Mantiene su declaración precedentemente expuesta.

Contra interrogada por el Defensor Penal Privado Sr. Cataldo, responde que nunca había visto a

Jacqueline Díaz, presente en la audiencia.

Contra interrogada por el Defensor Penal Público, Sr. Montero, sostiene que ella tenía registrado el número telefónico de don Adolfo en su celular pues él la llamaba y ahí quedaba el número, incluso ella lo tenía anotado en un papelito, agrega que Monardez tomó el celular de una mesa en que lo tenía, fue en ese momento que éste le pasó otro número para que se lo diera a don Adolfo, pues quería conversar con él; que le dio a Monardez el número de su celular pues le dijo que iba a venir don Adolfo, para que se comunicaran; que, desde su celular no llamó a Monardez pues su teléfono sólo recibe llamadas.

QUINTO: Que, para la acreditación del hecho punible la Fiscalía rindió las siguientes pruebas:

a) TESTIGOS:

1º.- Se llamó a declarar a estrados a **Marcelo Méndez Pino**, Sub Comisario de la Policía de Investigaciones de Chile, quien señala estar a cargo de un grupo operativo de la Brigada Antinarcoóticos, y que de este caso tuvo conocimiento por el procedimiento tomado en el rodoviario, llegaron allí por petición del fiscal ,conversaron con Aduanas y los funcionarios de dicho servicio le hicieron entrega de una maleta conteniendo documentos y unas botellas con pasta base cocaína a las que se les hizo la prueba de campo y resultó positivo. Al día siguiente, alrededor de las 13:30 horas, estaba en la unidad cuando fue llamado por fiscalía, avisándole que Monardez se había entregado voluntariamente, concurre a dicho lugar,

se le leen los derechos y lo traslada a la unidad donde le señala que Jacqueline se le acercó pidiéndole unos fletes pero después le dice que ellos consistían en droga y le presenta a Adolfo Rivera Godoy, quienes le muestran una casa a la cual debía ir a buscar la droga, ubicada en Avenida Capitán Avalos en donde vivía María Michea, ingresó a dicho domicilio como agente encubierto haciéndose pasar por mecánico, con su cara y manos engrasadas en compañía de Monardez, quien le dijo a María Michea que había perdido los teléfonos, por lo que ésta le dio nuevamente los números sacándolos el mismo Monardez desde el celular de Michea; añade que él estaba a dos metros de Michea y Monardez en esa ocasión. Luego volvieron junto a Monardez al cuartel de Belén, a preparar la entrega vigilada ordenada por la fiscalía hacia Coquimbo. Reconoce la maleta que el 22 de enero del año en curso fue incautada en el terminal rodoviario con la droga, como asimismo el lugar en donde éstas estaban, reconociendo, al mismo tiempo, los envases, los que describe detalladamente. Refiere que cuando llegaron a Copiapó, Monardez habló con Michea y le dijo que estaban en Chañaral, para ganar tiempo, en La Serena llamó Adolfo a Monardez, diciéndole que cuando lleguen, tenía que contactarse con "David"; el sábado Monardez se comunicó por fono con "David" y acuerdan encontrarse en un pequeño parque al lado de un servicentro; llegó al lugar de la entrega él con los funcionarios Farías, Chávez, Chepillo y Muñoz, agrega que cuando llegaron a la plaza vieron a dos personas sentadas en un banco,

resultando ser los acusados Marín Rojo y Marín Flores, -a quienes reconoció en la audiencia- y en ese momento llamó a los funcionarios que acompañaban a Monardez diciéndoles que éste tomara una micro, cosa que hizo junto a dos funcionarios, al bajarse de ella le hicieron entrega de un bolso conteniendo la droga, siendo detenido en el momento que éste se lo entregó a Marín Rojo, el cual en ese preciso instante éste último saca de su bolsillo trasero unos papeles que resultaron ser el dinero, alcanzándose a Monardez, quien lo cuenta y luego le hace entrega de la droga. Añade que él se encontraba dentro de un furgón junto a otro funcionario de La Serena que filmaba la escena y vio a los Marín sentados juntos en un banco de la plaza. En eso, Monardez cruzó en diagonal, se detiene frente a Marín Rojo y éste saluda a Monardez, momento en que también se para del banco Marín Flores y le presta cobertura; momentos en que se procede a la detención de los acusados. Reconoce la bolsa peruana en que Monardez trasladaba la droga, de la que hizo entrega a Marín Rojo.

Repreguntado por el fiscal respecto al por qué las botellas contenedoras de droga estaban rotuladas, señala que la droga ya había sido pesada, rotulada y sellada antes de hacer la entrega. Del mismo modo, reconoce la evidencia incorporada por fiscalía, consistente en un sillón floreado, el cual señala se encontraba dentro de la casa de María Michea y fue precisamente desde donde ella le hizo entrega de la droga a Monardez.

Contra interrogado por la Defensoría Penal Pública, don Marco

Montero, dice que la droga la incautaron y la llevaron a Coquimbo, un funcionario policial lleva la droga, la guarda en bóveda y sólo se la pasa a Monardez antes de hacer la entrega vigilada, agregando, además, que este último estuvo detenido desde que fue a fiscalía hasta la audiencia de control de detención, momento en el cual le entregan a Monardez bajo su custodia.

Contra interrogado por la Defensoría Penal Privada, dice que toda la información de Jacqueline Díaz Heredia la obtuvo de los dichos de Monardez y no puso vigilancia en la casa de ésta porque no lo estimó necesario.

2°.- Se presentó a declarar ante el tribunal **José Luis Muñoz Fuentes**, Inspector de la Policía de Investigaciones de Chile, quien en relación a los hechos, relata que ello ocurrió el 22 de enero de 2003. Estaba en el rodoviario y se enteró que el Servicio de Aduanas había detectado una maleta dejada en equipaje conteniendo droga, tomó conocimiento, además, que el fiscal de turno ordenó entregar la droga y el procedimiento a la Brigada Antinarcóticos, la que él tomó y guardó en custodia de la unidad. En la maleta había un currículum de Luis Monardez Tapia, fotos y se registraron diversos documentos. El 23 de enero el fiscal llamó, diciendo que estaba en fiscalía Monardez Tapia, luego, vino un control de detención en el Juzgado de Garantía y a continuación se viajó a Coquimbo a la entrega vigilada; Monardez quedó con medida cautelar y el comisario Méndez quedó a cargo del caso. En el terminal tuvo la maleta, la describe; asimismo los contenedores,

los que describe como botellas plásticas transparentes. Reconoce e identifica la maleta y explica dónde se encontraban las botellas (en la tapa), asimismo, reconoce los contenedores plásticos en cuyo interior estaban los 6.670 gramos de pasta base cocaína. Sabe que era pasta base cocaína por su experiencia, olor y la prueba de campo practicada, además, señaló que Monardez Tapia estuvo en el terminal, dejó la maleta y botó el celular. El 23 de enero en la noche se concurrió a Coquimbo, se hacen llamadas telefónicas para preparar la diligencia, desde Copiapó se llamó a la Sra. María Teresa Michea, después a Adolfo Rivera en La Serena y luego se comunicó con Marín Rojo aproximadamente a las 11,00 horas del 25 de enero. Al momento de la entrega de la droga en la fecha señalada, Marín Rojo estaba en la Copec al costado del cementerio. El declarante dice que estaba con Monardez Tapia en La Serena resguardando la droga; al recibir las órdenes toman una micro, se bajan cerca de la Copec, se baja Monardez con la droga resguardado por varios funcionarios; en la plaza estaban Marín Rojo y Marín Flores, los que al momento de su declaración se encuentran en la sala y los reconoce, consultados por el tribunal dicen ser Luis Marín Flores y Luis Marín Rojo. Acota que en la plazoleta estaban juntos y al tomar contacto con Monardez Tapia se separan, Monardez Tapia se va a otro asiento con Marín Rojo y Marín Flores se alejó unos ocho a diez metros para controlar y ver a la policía y avisarle a su padre. Eso ellos lo tomaron como vigilancia a su padre para el caso de que llegara la policía. Marín Flores al

percatarse de la presencia policial huyó, corrió como tres o cuatro cuadras y el lo detuvo, sólo llevaba las llaves del vehículo; Marín Rojo llevaba un celular que le pertenecía. Entre un banco y otro había más o menos 10 metros.

Contra interrogado por el Defensor Penal Público, don Marco Montero, refiere que una vez encontrada la droga en la maleta la guardó personalmente y también personalmente la llevó a Coquimbo y, previo a la entrega, él se la pasó a Monardez para la diligencia. Señala que no sabe cómo llegaron Marín Flores y el padre, Marín Rojo, al lugar de encuentro; asimismo, agrega que luego de la detención de Marín Flores se revisó el vehículo en que se movilizaba, un Daewoo, y en su maletera encontraron un pescado en descomposición, y en la revisión de los domicilios de los detenidos Marín no se les encontró otras evidencias relacionadas con el delito. Finalmente, dice haber concurrido en su oportunidad al domicilio de María Michea y sólo vio de lejos cuando el comisario Méndez fue al inmueble.

Contra interrogado por el Defensor Penal Privado, Sr. Cataldo, responde que la bolsa en que se contenía la droga para su entrega era de la unidad, la cual se guardó en la bóveda de la unidad policial de La Serena, previo a la diligencia; que las botellas contenedoras del alcaloide estaban en su interior, rotuladas, que Marín Rojo, al parecer, no hizo revisión y entregó \$ 1.000.000 a Monardez Tapia. Finalmente, dice que no recuerda si en el procedimiento previo a la entrega hubo llamados telefónicos entre

Monardez y Jacqueline o entre ésta y Marín Rojo.

3°.- Declaró en estrados **Marcelo Chepillo Flores**, Inspector de la Policía de Investigaciones de Chile, quien señala que en este caso se desempeñaba en Inteligencia Antinarcóticos; que esto comenzó el 22 de enero de 2003 alrededor de las 20:30 horas, momento en que lo llama el jefe de unidad y le solicita se traslade al terminal de buses para un procedimiento; al efecto, lleva el material para éste, dice que llegó al terminal cerca de las 20:40 horas, toma conocimiento que se encontró una maleta con drogas y que el fiscal había ordenado pasar la investigación a la Brigada Antinarcóticos; se aplicó reactivo a las cinco botellas plásticas que la contenían y dio positivo para la presencia de cocaína, fijó la maleta, las botellas, documentos y curriculum de una persona de apellidos Monardez Tapia que estaba en la maleta, hasta ahí participó ese día. Se le exhiben evidencias y reconoce una maleta que él fijo, la droga, dice, venía en la base, hizo fijación fotográfica. Agrega que Aduanas descubrió la droga; reconoce los envases, les hizo la prueba de campo a las cinco botellas que también fijó fotográficamente; reconoce las fijaciones fotográficas y explica el contenido del set. Posteriormente acota, se hizo el pre informe a la fiscalía y al día siguiente al medio día le piden que regrese, pues el dueño de la maleta había aparecido. Interrogado por el fiscal, reconoce en la audiencia a Luis Monardez Tapia, quien, consultado por el tribunal, da esa identidad, dice el declarante que éste se presentó

voluntariamente en fiscalía. A la ciudad de Coquimbo salen el 23 de enero en la noche en vehículo especial con el comisario Méndez y el detenido más la droga. La detención a Luis Marín Rojo se produjo en esa ciudad, en el viaje Monardez iba detenido, custodiado por ellos, tenía intención de cooperar y lo hizo. Al practicar la detención de Marín Rojo estaba con su hijo, personas a quienes reconoce en la audiencia, las que requeridas por el tribunal, se identifican como Luis Marín Rojo y Luis Marín Flores, el primero para el efecto se identificaba como "David"; agrega que Monardez Tapia fue a la entrega de la droga en micro con dos funcionario policiales y que empadronando visualmente y buscando a la persona de las características de Luis Marín Rojo, lo ubican y lo tuvieron a la vista, estaba con su hijo Luis Marín Flores; Monardez se aproxima y Luis Marín Rojo se acerca a él, su hijo Luis Marín Flores se separa y miraba a su padre mientras éste efectuaba la transacción, estaba de "loro". El Sr. Luis Marín Flores estaba un poco distante, luego, al ver a la policía, se dio a la fuga no obstante escuchar el aviso de "policía" "deténgase"; agrega que a Luis Marín Rojo se le hizo revisión corporal y se le encontró un celular y a Luis Marín Flores no le consta. Se le exhibe el teléfono celular encontrado a Luis Marín Rojo al detenerlo, de color negro, marca Motorola, el que también reconoce.

4°.- Prestó declaración, además, el testigo **Roy Farías Dee**, Inspector de la Policía de Investigaciones de Chile; en este caso tomó contacto el 23 de enero de 2003 en horas de la tarde, en circunstancias

que Luis Monardez Tapia se presenta en la fiscalía, luego asiste al control de detención en Garantía y en la noche viaja a Coquimbo a efectuar la detención del destinatario de la droga; iba Luis Monardez Tapia, van en vehículo policial en que, además, llevaban la droga, todo a cargo del subcomisario Sr. Méndez por ser el oficial más antiguo, misión que le asignó el juez de Garantía. En la entrega, el 25 de enero al mediodía, en una plazoleta, Monardez Tapia se acerca a un banco en que había dos personas, uno, de gorro rojo de más edad y el otro, vestido de gris; acto seguido, el más joven se para y se queda a unos metros, observando. Reconoce en la audiencia al de gorro rojo como Luis Marín Rojo y el otro era el de su derecha, Luis Marín Flores, quien viste polerón y a Luis Monardez Tapia, quienes, consultados por el tribunal, dan la individualización antes señalada. Dice que actuó en la detención de Luis Marín Rojo y que tuvo a la vista a Luis Marín Flores, su posición era al costado sur, a 20–25 metros de estas personas y a 10–15 metros al costado sur oriente, tenía a la vista a los tres. Luis Marín Flores antes de ser detenido estaba sentado con Luis Marín Rojo y al llegar Luis Monardez Tapia se paró y quedó en actitud vigilante, atento a la entrega de droga que se estaba efectuando. Agrega que se tardó en la revisión del vehículo porque Luis Marín Flores ocultó la presencia del mismo, sólo dijo que era un colectivo y no dio más detalles de su ubicación.

Contra interrogado por el Defensor Penal Público, don Marco Montero, señala que en Coquimbo

realizó registro de un vehículo estacionado al costado de la plazoleta y lo revisó, lo abrió con sus llaves, en él había verduras y alimentos perecibles como pescado en su maleta (maloliente), el registro se realizó una hora y media después de la detención, en enero. No recuerda si concurrió al domicilio de Luis Marín Flores, añade que a Marín Rojo le encontró un celular y a Luis Marín Flores las llaves del vehículo.

5°.- Declaró en estrados el testigo **Cristian Cháves García**, Inspector de la Policía de Investigaciones de Chile, Brigada Antinarcoóticos, en relación a estos hechos expone que participó en la entrega del imputado Monardez por la fiscalía y en la detención y entrega de droga de Coquimbo. La entrega vigilada se hizo con la colaboración del Sr. Monardez en La Serena en el costado de Copec, en una plazoleta. Viajaron cinco funcionarios más el imputado Monardez quien siempre cooperó y por ello se pudo llegar a la detención de las personas que estaban involucradas. La droga descubierta por Aduanas se rotuló, se guardó en cadena de custodia y luego se hizo la diligencia, Monardez no tenía la droga pues al viajar a La Serena no llevaba la droga en su poder. Al ser descubierto en el terminal, se fuga y luego se entrega en fiscalía, dice que presencié la entrega de droga de Monardez a los sujetos destinatarios; agrega que es importante que quien va a hacer la entrega sepa lo que entrega, en este caso, se entregó la misma droga, los mismos contenedores y la misma cantidad. En la entrega presencié la diligencia, los detenidos

fueron Luis Marín Rojo y Luis Marín Flores, a los que reconoce en la audiencia y, requeridos por el tribunal, se identifican con dichos nombres; presenció sólo la detención de Luis Marín Rojo, pues Luis Marín Flores se dio a la fuga y él quedó a cargo de la custodia del primero. Dice que en la diligencia hubo advertencias de "policía" "detectives", hizo caso omiso y se dio a la fuga y lo detienen después.

Contra interrogado por el Defensor Penal Público, don Marco Montero, señala que se pesó la droga con el contenedor, dando el peso bruto y que quien detuvo a Luis Marín Flores fue el inspector Muñoz.

Contra interrogado por el Defensor Penal Privado, don Francisco Cataldo indica que Monardez en el viaje se comunicó telefónicamente con dos personas que le daban instrucciones, un tal Adolfo y un tal David.

6°.- Se presenta a declarar en estrados **Mario Cabezas Murillo**, Ingeniero comercial, encargado de custodia de evidencias de la Fiscalía local, trabaja en el Ministerio Público a cargo de la recepción de evidencias, el sistema consiste en un ingreso de las mismas a la sala del Ministerio Público donde vienen rotuladas las especies. En el presente caso recibió evidencias, recuerda celulares, contenedores de droga (5 botellas plásticas), un sillón y un álbum fotográfico. El sillón lo vio por última vez el día anterior al que declara, agrega que las especies se han mantenido en el lugar de custodia sin alteraciones desde que son recibidas de parte de la policía. Sólo él tiene acceso a la sala y especies. No hay posibilidad que terceros hayan tenido acceso a

ellas. Explica que existe un sistema de registro SAF (sistema de apoyo a los fiscales) y otros para control, se registran las carpetas y evidencias, agrega que si el fiscal le pide la especie para examinarla, eso queda registrado en el SAF con día y hora del movimiento y, al devolverla, se registra el reingreso.

Hay mecanismos de rótulo y número único que permiten corroborar que la especie que sale y retorna es la misma. Reconoce: el sillón, exhibido en la audiencia, estuvo en custodia hasta el día anterior a su comparecencia a las 8:00 horas, no ha sufrido alteración alguna; la maleta, que dice la entregó la policía de Investigaciones; la bolsa verde (arpillera), dice que en su interior venían los contenedores de droga, la reconoce por el olor característico y por su rótulo de evidencia que exhibe. Reconoce los contenedores que hay en su interior, los que mantiene en custodia desde enero a la fecha, nadie más que el fiscal ha tenido acceso a ellos; un celular Motorola, que tenía sello de Investigaciones y el sello de fiscalía, ambos intactos. Lo describe. La custodia de especies es cien por ciento confiable.

b) PERITOS:

1°) Compareció en estrados **Margarita Ugalde Rojas**, Químico Farmacéutico, Asesor Servicio de Salud Arica, quien expone que el informe de peritaje evacuado por el Departamento Químico Analítico del Instituto de Salud Pública, contenido en el Memo N° 1886 fue remitido por ella desde su oficina mediante Reservado 360 al Fiscal del Ministerio Público de Arica, y en el cual se consigna que la muestra 6203

corresponde a cocaína base de 30% y 25%; que su función consiste en transcribir lo que el Instituto de Salud Pública informa a través de un boletín, que en su oficina se reciben los envases y se toman muestras, una por envase, que la especie se trataba de 5 botellas de plástico que contenían entre 1.000 a 1.300 gramos de droga, cuyo pesaje neto fue 6.411 gramos, a los cuales se le tomaron las correspondientes muestras y contramuestras para su remisión al señalado Instituto, a objeto que se realizara el informe químico analítico, agrega que el analista no sabe el origen de la droga y al salir las muestras de Arica se remiten con un reservado mediante valija cerrada al Instituto de Salud Pública. En esa valija van en un sobre con un número de acta de recepción, que en este caso fue N° 13 del 27 de enero de 2003; agrega que el químico que la recibe en el Instituto no es el mismo que la analiza, el que la recibe le coloca un número y la manda a laboratorio, luego se recibe con el número del boletín de análisis y se envía a Arica. Reconoce las botellas contenedoras de la droga y los envases, las que fueron exhibidas en la audiencia.

Explicando sobre la acción de la cocaína en el organismo, sostiene que es un alcaloide que se extrae de una planta, en Chile se importa con fines medicinales en poca cantidad, para operaciones quirúrgicas, que cualquiera otra importación es ilegal. Que es un alcaloide que produce alteraciones en el aparato respiratorio, circulatorio y digestivo y produce adicción y pérdida de control. Que se trata de un vicio recuperable y hay vicio

cuando hay tolerancia y acostumbramiento, esto es, adicción. La Fiscalía introduce al juicio junto al informe químico analítico contenido en el Memo 1886, antes referido, el informe evacuado por el Instituto de Salud Pública, sobre tráfico y acción de la cocaína en el organismo, evacuado por la Dra. Pamela Milla Nanjarí, Jefa del Departamento de Control Nacional.

2°.- Depuso ante el tribunal **Julio Maldonado Cid**, Químico farmacéutico del Instituto de Salud Pública, quien se refiere al Memo N° 1886, mediante el cual da cuenta del resultado obtenido en las cinco muestras recibidas, todas ellas una identidad de cocaína, las cuales arrojaron una valoración cocaína base, cuatro de ellas con un 30% y una de un 25%. Refiere que dichas experticias fueron realizadas por el químico farmacéutico analista A. Salas, agregando que no obstante ello, todos los informes deben ir suscritos por él en su calidad de Jefe subrogante del Sub Departamento Químico analítico; ello, en virtud de normas internas del Instituto de Salud Pública y, además, en normas internacionales dictadas al respecto, las cuales señalan expresamente que es el jefe del departamento quien firma el referido informe y no el analista que la practica, aclarando sí, que previo a suscribir tal documento, practica una revisión a los análisis realizados. A continuación hace consideraciones sobre el modus operandis de la diligencia de análisis en el aspecto administrativo, haciendo especial hincapié en que el analista que practica el informe, ignora absolutamente el origen de la muestra que le corresponde

analizar, lo que torna confiable y certera la pericia.

c) OBJETOS: De conformidad al artículo 333 del Código Procesal Penal, introdujo al juicio:

1. Teléfono celular marca Motorola incautado.
2. Bolsa de arpillera color verde, contenedor de la droga.
3. Sillón incautado.
4. Cinco botellas plásticas desechables.
5. Una maleta de color negro, especies todas que, en su caso, fueron reconocidas tanto por los funcionarios policiales cuanto por los respectivos acusados, en su caso, según se deja asentado en el cuerpo del presente fallo.

d) DOCUMENTOS: En igual forma, introdujo al juicio:

1- Extracto de filiación de todos los acusados, con excepción de Luis Marín Flores, por existir convención probatoria a su respecto en relación a su conducta pretérita.

2- Set Fotográfico de 9 fotografías relativas a la droga y su maleta contenedora, las que se acompañaron sin ninguna mención o leyenda

3- Informe sobre tráfico y acción de la cocaína en el organismo suscrito por la Dra. Pamela Milla Nanjarí.

4-Acta de Recepción de Droga de fecha 27 de enero de 2003, N° 13.

5-Acta de Destrucción de Droga de fecha 27 de enero de 2003, N° 09

6-Set fotográfico integrado por cuatro fotografías relativas a sillón incautado. Las fotografías se acompañaron sin ningún tipo de lectura, antecedentes todos a los cuales se hará referencia al analizar las circunstancias

modificadorias de los acusados, al establecimiento del hecho y la responsabilidad que en los mismos les cupo a cada uno de ellos, según se dirá en este fallo.

e) OTROS MEDIOS: Acompañó una cinta VHS de filmación del encuentro de Monardez Tapia con Marín Rojo y Marín Flores en Coquimbo el 25 de enero de 2003.

Que, no obstante haberse incorporado como evidencia material e incluso exhibido en la audiencia el video a que se refiere la letra e) de la prueba de la fiscalía señalada en el auto de apertura del juicio, consignada precedentemente, resulta imperativo para estos sentenciadores restarle todo valor probatorio desde ya, puesto que el artículo 334 del Código Procesal Penal señala expresamente que no se podrá incorporar o invocar como medio de prueba..."a los registros que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía", situación que evidentemente ocurrió en la especie, pues tal cinta de video no es otra cosa que el registro de las actuaciones realizadas por la policía relativas al seguimiento efectuado a tres de los acusados, según pudo constatarlo el Tribunal, al momento en que, durante la audiencia y a petición del Ministerio Público fue reproducido tal video

SSEXTO: Que, la Defensa Penal Pública, en representación de los acusados Luis Marín Rojo y Luis Marín Flores, rindió la siguiente prueba:

a) TESTIGOS:

1°.- Hizo comparecer a **Victor Javier Pizarro Flores**, quien dice que conoce a Luis Marín Flores desde su ingreso a la división Cadetes de

Coquimbo Unido, persona ésta que llegó a ser jugador profesional por tres años, y en lo que a él respecta su oficio es de pescador artesanal. En cuanto a los hechos, recuerda que un viernes zarparon a trabajar y en la mañana llegaron a vender el producto; a las 11:00 horas llegó Luis Marín Flores que acostumbraba ir a la caleta, le vendió \$2.000 de pescado, como 15 jureles, mientras conversaban, llegó su papá y le dijo que lo fuera a buscar cerca del cementerio, le pidió el favor, se fue el papá y siguieron conversando sobre fútbol del Club Deportivo "gente de mar" en que juegan. La conversación terminó tipo 11:30 – 11:40 horas, llevó pescado y al retirarse le dijo "nos vemos en la cancha". En la tarde llegó él a la cancha y se extrañó cuando no llegó aquel, corrió el rumor de que estaba detenido; es conocido por el fútbol en la cuarta región y la gente se extrañó. Se comunicó con la señora de Luis Marín Flores y ésta le comentó que el papá le mintió, le habló de una encomienda y no era así, él le creyó y no supo que el papá andaba en otras cosas. Hasta antes de su detención, Luis Marín Flores era chofer de colectivos de la línea 10.

2°.- Prestó declaración **Leslye del Carmen Pasten Concha**, dueña de casa, quien expone que está casada con Luis Marín Flores hace 10 años, tiene dos hijos, no trabaja, vivía en Coquimbo, señala que él era futbolista de Coquimbo Unido, se retiró por pocos ingresos y luego trabajó como chofer de taxi, señala que su relación conyugal siempre fue sin problemas. Respecto a los hechos, recuerda que la detención de su cónyuge Luis Marín Flores se produjo el sábado 25 de enero de 2003;

éste se levantó como a las 09:00 horas y ella le pidió que fuera a comprar pescado y verduras para el almuerzo, luego no lo vio más hasta las 14:00 horas, momento en que llegó un furgón de Investigaciones a su casa, lo vio dentro de éste, no le advirtieron qué pasaba y un funcionario le prohibió hablar con él, luego, registran la casa y un funcionario policial le dijo que estaba detenido por tráfico de drogas y que le llevara ropa y comida al cuartel en La Serena; agrega que al verlo en el cuartel le dijeron que lo iban a traer a Arica, pues que la causa es de Arica, que allí un funcionario policial le dijo que su marido está "al puro cuete", por lo que preguntó "entonces por qué no lo sueltan", y no obtuvo respuesta. Señaló que hasta antes de su detención vivían de allegados en casa de su suegro, que su esposo actualmente está en libertad pues él es inocente. Finaliza diciendo que en la actualidad trabaja como chofer de relevo en radio taxi en Arica, con cuyo ingreso, más el aporte del deportivo de Coquimbo, se mantiene la familia.

Repreguntada por el Defensor Penal Público, don Marco Montero responde que su marido no salió de casa con celular.

Contra interrogada por el fiscal, responde que el día sábado 25 de enero de su detención, él salió de casa a las 09:30 horas de la mañana y cuando llegó el carro policial eran las 14:30 horas y en ese período de tiempo no supo en qué estaba su marido.

b) **PERITOS:**

1°.- Se presenta a declarar ante estrados Luisa Valenzuela Vera, Asistente Social, Presidente del Consejo

Técnico del Centro de Reinserción Social de Gendarmería, respecto al Informe Presentencial N° 44/63/2003 realizado al acusado Luis Romelio Marín Flores, expone que se determinó que tenía con anterioridad a los hechos que se le imputan una adhesión formal a la ley, logrando establecer una familia propia desarrollando una regular habitualidad laboral, sin consumo de sustancias psicoactivas. Sin embargo, requeriría un tratamiento en el área valórico normativo que se estima de baja eficacia dadas las características de riesgo social de su sector comunitario, su pertenencia a familia asociada al tráfico ilegal de estupefacientes, ambos padres y hermano mayor han cumplido condenas por Infracción a la Ley 19.366 y, desempeño intelectual limítrofe con daño orgánico cerebral que restringe su capacidad de análisis, crítica y aprendizaje. Señala que no reporta detenciones anteriores, los antecedentes los aportó el imputado y la familia de éste. Sólo se refiere a la libertad vigilada como medida alternativa.

2°.- Se llama a declarar a estrados a **Marta Verónica Barboza Barrios**, Asistente Social, quien expone que a solicitud de la Defensoría Penal Pública, elaboró un informe socio-económico de fecha 31 de julio del año en curso, relativo a los acusados Luis Antonio Marín Rojo y Luis Marín Flores, respectivamente, en su atestado se refiere a cada uno de los tópicos contenidos en el mencionado documento, el que, introducido al juicio, reconoce y ratifica, concluyendo, que estima que el primero se encuentra en

estado vulnerable, tanto por su problema de salud, como por la precariedad en que se mantiene. No cuenta con ingresos propios ni con la ayuda económica de terceras personas, por lo que su sobrevivencia actualmente compete al Estado; el segundo, señala que se trata de un caso social que se encuentra atravesando por una crítica situación socioeconómica, por el hecho de estar siendo procesado el jefe de hogar fuera de su lugar de residencia, lo que lleva a incurrir en gastos de pasajes y permanencia en esta ciudad. Existe dependencia económica de terceras personas, por lo que la situación adquiere un carácter de extrema inestabilidad, sin brindar seguridad en cuanto al tiempo que pueda seguir recibiendo apoyo; en consecuencia, manifiesta que ambos acusados no se encuentran en condiciones de afrontar pagos de multa a que pudieren resultar condenados.

c) **DOCUMENTOS:** Introdujo al juicio de conformidad al artículo 333 del Código Procesal Penal:

1) Certificado del Club Deportivo Animas del Quisco, fechado el 30 de enero de 2003

2) Certificado del Sindicato de Propietarios Independientes de Taxis Colectivos Centro Parte Alta Línea 10, fechado el 29 de enero de 2003.

3) Certificado del Club Deportivo Gente de Mar, fechado el 30 de enero de 2003, instrumentos todos que dan cuenta de las actividades tanto deportivas como laborales desarrolladas por el acusado Marín Flores antes de su detención.

SÉPTIMO: Que, la Defensoría Penal Pública, en representación de la

acusada María Teresa Michea Robledo, rindió la siguiente prueba:

a) TESTIGOS:

1°.- Presta declaración ante el tribunal **Julio Ricardo Matamala Muñoz**, carpintero, quien señala que conoció a María Michea Robledo con ocasión del arriendo de cuatro piezas que él tiene en su casa, independientes, sin comunicación, con acceso por la entrada principal. Agrega que hasta antes de su detención, María Michea lavaba para terceros, vendía empanadas, viandas. Al efecto tenía un horno que él le autorizó instalar. En relación a Adolfo Rivera, después que fueron los detectives, supo que esa persona que consultaba por la señora Michea, iba a buscar empanadas y viandas y entiende que le lavaba. Lo veía ir los sábados y domingos con ese objeto.

Señala que el día de la detención de Michea, él andaba con su hija en CIPEC, habían llegado recién, golpearon la puerta y sin identificarse como policías, unas personas le preguntaron si en casa vivía alguien más, le dijo que al lado vive la Sra. María Michea. Dice que ignora lo que sucedió después. Ella estuvo como arrendataria unos ocho meses en la casa; opina que es muy trabajadora, salía a lavar y dejaba a la niñita vendiendo empanadas cuando salía trabajar afuera. Agrega que preguntaban por María Michea muchas personas que los días sábado o domingo iban a comprar sus productos. Finaliza diciendo que ignora más antecedentes sobre estos hechos.

Contra interrogado por el fiscal, responde que desconocía que María

Michea tuviera los antecedentes penales que le refiere por tráfico de estupefacientes; que don Adolfo la visitaba los fines de semana y que después de la detención ese señor no la sigue visitando, por cuanto de él no se supo más.

b) PERITOS:

Se llama a declarar a estrados a **Marta Verónica Barboza Barrios**, Asistente Social, quien, a petición de la Defensa Penal Pública, expone que elaboró un informe socio-económico de fecha 7 de julio del año en curso, peritaje al cual se hará referencia en el considerando vigésimo séptimo del presente fallo al referirnos a la solicitud de exención del pago de multa impetrada por la defensa de la señalada acusada,

OCTAVO: Que, la Defensa Penal Privada, en representación de Jacqueline Julia Díaz Heredia, rindió la siguiente prueba:

a) TESTIGOS:

Hizo comparecer a estrados a Jorge Antonio Pinto Castro, Javier Butrón Vásquez, Jacqueline Guerra Latorre e Isabel del Carmen Díaz Araya, quienes refirieron conocer a la acusada Díaz Heredia por ser vecinos, unos y, otra, profesora de una de sus hijas, señalando conocerla por largo tiempo, que estuvo casada con un jugador de fútbol de O'Higgins, de Rancagua, Mauro Meléndez, con el cual tuvo cuatro hijos y, una vez fracasado el matrimonio, volvió a esta ciudad; vive de allegada en casa de su madre, en donde lava, plancha y percibe una entrada de \$130.000 por concepto de arriendo de una casa en Rancagua; todos coinciden en que ha tenido un

comportamiento social adecuado y no le conocen antecedentes penales anteriores

b) DOCUMENTOS: De conformidad a lo preceptuado en el artículo 333 del Código Procesal Penal, introdujo al juicio:

1.- Certificado de Matrimonio de la imputada;

2.- Cuatro certificados de nacimiento de los hijos de la imputada;

3.- Un certificado de alumno regular en la Universidad Arturo Prat de Allyson Andrea Meléndez Díaz,

4.- Un certificado de alumno regular en el Liceo Politécnico de Arica de Kristin Meléndez Díaz;

5.- Dos certificados de alumnos regulares del Liceo Domingo Santa María de Giovanna y Mauro Meléndez Díaz.

6.- Cinco certificados del Liceo Domingo Santa María que dan cuenta de deudas pendientes por pago de aranceles de estudios de las personas que en ellos se señala.

7.- Un certificado de estudios de la imputada, Licenciada en 1982 en el Liceo Comercial de Arica.

8.- Seis liquidaciones de sueldos de doña Allyson Meléndez Díaz.

9.- Fotocopia de cédula de identidad y de comprobante de pago del mes de abril de 2.003, antecedentes éstos que el tribunal tiene presente al momento de resolver sobre las peticiones que su defensa formulara en los alegatos de clausura en este juicio.

NOVENO: Que, la defensa penal pública, abogado señor Verdejo, por su representado Luis Monardez Tapia, incorporó al juicio como prueba nueva, con anuencia de la fiscalía y

demás intervinientes, informe social evacuado por la Asistente Social, Marta Barboza Barrios, al cual se hará referencia en el considerando vigésimo, al pronunciarse este tribunal sobre las peticiones de la defensa en relación a la exención del pago de multa y concesión de plazos para su satisfacción, impetrados.

DÉCIMO: Que, de esta forma, se cuenta con los dichos de los funcionarios policiales, quienes de manera clara, categórica y pormenorizada, dieron cuenta de las diligencias practicadas en relación a la incautación de la droga, a las declaraciones prestadas por el acusado Monardez y posteriores pesquisas realizadas tendientes a obtener la identificación de otros partícipes, a lo que cabe agregar las evidencias materiales y documentales pertinentes incorporadas por el Ministerio Público, señaladas precedentemente, e informes periciales relativos al análisis de la droga incautada, a lo que se suma la declaración prestada por el acusado Luis Alejandro Monardez Tapia, quien reconoció su responsabilidad en los hechos de la manera que en su atestado prestado en el juicio y antes reseñado consigna, antecedentes todos que, apreciados libremente permiten acreditar, más allá de toda duda razonable, la existencia del siguiente hecho: que el día 21 de enero del año en curso, una mujer, que le habría sido presentada al sujeto antes referido, por una tercera, le hizo entrega de cinco botellas de plástico conteniendo droga, mismo que al día siguiente concurrió al terminal rodoviario con el propósito de trasladar el alcaloide a la ciudad de La

Serena y, en el momento en que personal de Aduanas practicaba la revisión de rigor a la maleta que portaba, encontró en su interior las referidas botellas de las que le había hecho entrega la mujer precedentemente indicada, botellas éstas que, a la postre, resultaron contener 6.674 gramos netos de pasta base de cocaína, momento en el cual, el sujeto portador de la referida maleta, huye del lugar. A raíz de ello, el funcionario aduanero respectivo dio cuenta a la Policía de Investigaciones, institución que se hace cargo del procedimiento y procede a la incautación, fijación, rotulación y sello de la droga. Continuando con el curso causal de los hechos, el 23 de enero del mismo año, el antedicho sujeto concurre a la fiscalía, se entrega, confiesa el delito y aclara su participación en él; ocurrido ello, la Policía de Investigaciones continúa con las diligencias y "suponiendo" una entrega vigilada, viajan a la ciudad de La Serena cinco funcionarios policiales acompañados del referido portador, conjuntamente con la droga, la cual estuvo en todo momento en poder de la Policía y bajo la custodia permanente de un inspector de la misma. Durante el viaje, el señalado sujeto, utilizando un teléfono celular proveído por la Policía, se comunicaba con terceros a fin de concertar la entrega de la droga y, ya en el lugar de destino, Coquimbo, llegan hasta el sitio acordado, momento en el cual el funcionario policial a cargo de la custodia de la droga, hace entrega de la misma al sujeto con el cual se habían trasladado desde Arica para que éste, a su vez, se la alcanzara al individuo con

el cual se había previamente comunicado en forma telefónica y que se encontraba en el lugar pactado acompañado de otro individuo, instante en que hecha la entrega, se procede a la detención de los dos últimos sujetos señalados siendo posteriormente todos trasladados a esta ciudad.

DÉCIMOPRIMERO: Que, en relación a la calificación jurídica del hecho precedentemente señalado, a este tribunal le cabe la convicción que esta no es la de tráfico de estupefacientes prevista en el artículo 5° en relación con el artículo 1° inciso segundo de la Ley N° 19.366, indicada por la fiscalía en el auto de apertura del juicio oral, sino la del referido delito, establecido en el artículo 5° en relación con el artículo 1° inciso primero de la precitada Ley, tal como se anticipara en el acta de deliberación, pues consta del Memo N° 1886, introducido al juicio, que la sustancia incautada fue pasta base de cocaína, recalificación que en conformidad a lo previsto en el inciso segundo del artículo 341 del Código Procesal Penal, advirtió a los intervinientes durante la audiencia, de modo que, establecida la tenencia de pasta base de cocaína, de conformidad al artículo 5° inciso segundo de la Ley N° 19.366, debe concluirse en conformidad a los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, que la misma estaba destinada a ser traficada, por cuanto no se justificó su tenencia mediante la autorización competente, como tampoco que haya estado destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, sin perjuicio de que la cantidad incautada, como la forma y

lugar en que se guardaba oculta, evidencian que no tenían las finalidades antes reseñadas.

DÉCIMOSEGUNDO: Que, el hecho descrito en el considerando décimo, hasta el momento en que la Policía de Investigaciones incautó, fijó, rotuló y selló la droga, constituye el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 5° de la Ley N° 19.366, en la medida que, habiéndose encontrado una de las sustancias estupefacientes a que se refiere el inciso primero del artículo 1° de dicha ley, se acreditaron los elementos de la presunción de tráfico contenida en el artículo 5° inciso segundo de la misma.

DÉCIMOTERCERO: Que, en concepto de estos sentenciadores, desde el momento en que se procedió a incautar, fijar, rotular y sellar la droga por parte de Policía de Investigaciones, el objeto material del delito quedó en poder sólo de ésta, de suerte tal que el porte o tenencia de la misma a la ciudad de Coquimbo por dicha institución, en caso alguno pudo poner en peligro el bien jurídico protegido en el ilícito en estudio, cual es, la salud pública, desde el momento en que, habiéndose interrumpido el decurso del mismo, la droga jamás pudo permanecer en el comercio humano, ya sea este lícito o ilícito, todo lo cual conlleva a concluir que habiendo quedado el objeto material del delito en poder de la Policía de Investigaciones, faltó un elemento indispensable del ilícito, cual es la afectación del señalado bien jurídico y, por ende, no se pudo configurar a partir del señalado momento el delito en estudio, lo que nos lleva a concluir que

las conductas desarrolladas posteriores a él, resultaron ser inidóneas para la tipificación del delito.

DÉCIMOCUARTO: Que, para arribar a esta conclusión es necesario tener presente, además, que en la especie, no se ha dado la figura de la entrega vigilada contemplada en el artículo 29 de la Ley N° 19.366 señalada por el Ministerio Público en el correspondiente auto de apertura de juicio oral, toda vez que el traslado de la droga desde esta ciudad hasta Coquimbo no se efectuó por el acusado confeso en el ilícito, sino por la Policía de Investigaciones, quien desde el momento mismo de la incautación y hasta el instante de la entrega del alcaloide al Servicio de Salud, en esta ciudad, mantuvo inalterada la custodia de la droga, careciendo de toda importancia la particular circunstancia de que en el viaje se hayan hecho acompañar por el acusado Monardez, toda vez que, de hecho, el alcaloide estuvo siempre en poder y bajo la custodia y responsabilidad del funcionario policial José Luis Muñoz Fuentes, según lo declaró en tal sentido en estrados, situación corroborada por el Subcomisario Marcelo Méndez Pino, quien estuvo a cargo de dicho operativo, no obstante que, conforme al tenor de dicha disposición, tal actuación de traslado, guarda y circulación de la sustancia para arribar al destino propuesto con el propósito de individualizar a las personas que participen en la ejecución de tales hechos conocer sus planes, evitar su uso ilícito, prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos conforme lo dispone tal precepto, debió ser realizada por el imputado y no por la policía a quien sólo competía la

vigilancia. En efecto, al señalar la precitada norma que tales actos deben ser realizados, "bajo la **vigilancia** de la autoridad correspondiente", ello impide a que sea ésta quien realice los actos propios de la entrega vigilada. A mayor abundamiento, es del caso tener presente que conforme lo dispuesto en el artículo 1, letra g), de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, y aprobada por Decreto Supremo N° 543, de 31 de mayo de 1990, publicado en el Diario Oficial de 20 de agosto de 1990, la entrega vigilada debe hacerse "con el conocimiento y bajo la **supervisión** de las autoridades competentes" [negrillas nuestras], lo cual impide que ésta pueda realizarse directamente por la policía, como ha sucedido en la especie, labor que en nuestro concepto corresponde al delincuente, quien actúa bajo sola supervisión y vigilancia, en este caso de la policía.

DÉCIMOQUINTO: Que, la participación que ha correspondido a los acusados Monardez y Michea, en la forma señalada en la acusación, resultó cabalmente demostrada, más allá de toda duda razonable, con la prueba rendida por la fiscalía, no desvirtuada, especialmente por lo expresado, respecto del primero, por los funcionarios policiales Marcelo Méndez Pino, José Luis Muñoz Fuentes, Marcelo Chepillo Flores y Cristián Chávez García, quienes estuvieron contestes en señalar que concurrieron al terminal rodoviario a raíz de que el Servicio de Aduanas había sorprendido una maleta conteniendo 6.674 gramos netos de

cocaína base, cuyo portador al verse descubierto se dio a la fuga, a lo que cabe agregar la declaración del propio acusado Monardez Tapia, quien deponiendo a modo de defensa en la audiencia, reconoció plenamente los hechos y su participación en la forma reseñada en el motivo cuarto y, en cuanto a la segunda, con el testimonio preciso, claro y categórico del primero de los nombrados, Luis Alejandro Monardez Tapia, en cuanto relató clara y circunstanciadamente que fue la acusada María Teresa Michea Robledo quien le hizo entrega del alcaloide, testimonio que se encuentra corroborado por los dichos del Subcomisario Marcelo Méndez Pino, quien expuso que en su calidad de agente encubierto concurrió junto al acusado Monardez al domicilio de aquella a solicitarle los números telefónicos que refiere, expresando además haber visto en el domicilio de la mencionada Michea Robledo el mismo sofá desde el cual Monardez expuso que aquella había sacado la droga de la que le hizo entrega, sofá que, incorporado al juicio por la fiscalía, fue reconocido por el inspector ya mencionado, antecedentes los ya relacionados a los que cabe sumar los informes periciales relativos a los análisis de la droga incautada, evidencia material y documental pertinente rendida por el Ministerio Público, en la medida que permiten establecer, más allá de toda duda razonable, que los acusados Luis Alejandro Monardez Tapia y María Teresa Michea Robledo se concertaron para llevar a cabo un tráfico ilícito de pasta base de cocaína; para tal efecto, el 21 de enero del año

en curso el primero de ellos concurre a la casa de la segunda, donde ésta extrae desde un sillón cinco botellas plásticas conteniendo pasta base de cocaína y le hace entrega de ellas a Monardez, a quien al día siguiente en circunstancias que se aprestaba a viajar a la ciudad de La Serena vía terrestre, en los momentos que el funcionario de Aduanas efectuaba la revisión de rigor, le fueron sorprendidas en el interior de la maleta que portaba las cinco botellas referidas precedentemente, conteniendo la cantidad de 6.674 gramos de pasta base de cocaína, momento en el cual el acusado Monardez huye del lugar. A raíz de ello, el revisor respectivo da cuenta a Policía de Investigaciones, institución que se hace cargo del procedimiento y procede a la incautación, fijación, rotulación y sello de la droga. El 23 de enero del año en curso, el acusado Monardez concurre a la fiscalía, se entrega, confiesa el delito y, para probar la veracidad de sus dichos, el fiscal llama al Subcomisario de Investigaciones respectivo, encomendándole la pesquisa, para lo cual, mediante el sistema de agente encubierto, concurre el acusado Monardez acompañado por aquél al domicilio de la Michea Robledo, a fin de obtener la confirmación de sus asertos, situación que corrobora, observando además que en el lugar se hallaba el sillón al cual había hecho referencia Monardez y que es precisamente el que reconoció en audiencia, circunstancias todas que desvirtúan la negativa de ésta de su responsabilidad, sostenida en el juicio, cuya prueba rendida ha resultado insuficiente al efecto.

DECIMOSEXTO: Que, en cuanto a la participación que en estos hechos se atribuye a la acusada Jacqueline Díaz Heredia, esto es, la imputación que formula en su contra el acusado Monardez, en cuanto expresa que ella fue la que, con motivo de una mudanza a la ciudad de Rancagua, que posteriormente le reconoció que no era una mudanza propiamente tal, sino un flete de drogas, para lo cual lo habría contactado con María Michea Robledo y un tal "Adolfo Rivera", persona ésta cuya existencia se ignora hasta el momento, tal imputación en la forma antedicha, no resultó probada en forma alguna y los antecedentes aportados en el juicio resultan absolutamente insuficientes para dictar sentencia condenatoria en su contra, por cuanto el único antecedente inculpatario lo constituyen los dichos del acusado Monardez Tapia, no avalados por prueba alguna en tal sentido, pues sobre el particular obran los solos dichos del funcionario policial que hace referencia a ella, Subcomisario Méndez, quien, oportunamente contra interrogado por la defensa, señala que toda la información que maneja respecto a esta acusada la obtuvo a través de los dichos de aquél; elementos éstos que por su feble carácter, no permiten a estos sentenciadores adquirir la convicción de que a la referida acusada le haya correspondido una participación culpable y penada por la ley en los términos que prescribe el artículo 440 del Código Procesal Penal.

DECIMOSÉPTIMO: Que, en lo concerniente a los acusados Luis Marín Rojo y Luis Marín Flores, teniendo

presente que el objeto material del delito, esto es, la droga, fue incautada, fijada, sellada y rotulada el día 22 de enero del año en curso, según los dichos de los funcionarios policiales Méndez, Muñoz y Chávez, momento en el cual, en opinión de estos juzgadores, el delito se agotó y, siendo un hecho del juicio que los acusados Marín Flores y Marín Rojo fueron detenidos el sábado 25 de enero, esto es, tres días después de haber quedado el objeto material del delito en poder de la Policía de Investigaciones, su porte o tenencia por parte de ésta no pudo poner en peligro el bien jurídico protegido, cual es la salud pública, lo que conlleva a concluir que no existiendo un elemento indispensable del ilícito, como lo es la afectación del señalado bien jurídico, no pudo haber delito y, en consecuencia, menos puede imponerse por estos hechos condena en su contra, motivo por el cual se procederá a dictar absolución en su favor. Cabe considerar que los sentenciadores llegaron a la conclusión anotada, no obstante tener presente que el ilícito en estudio es de aquellos denominados de peligro, y éste *"siempre debe entenderse en el sentido de peligro real, concreto a un bien jurídico determinado. De no haber producción de peligro no habría tipicidad"*. Mario Garrido Montt. Derecho Penal Tomo II, página 254.

No obstante lo anterior, y a riesgo de parecer innecesario, es preciso añadir que reafirma la convicción absoluta a que se ha arribado respecto del acusado Marín Rojo y, consecuentemente, la de Marín Flores, cuando se razona acerca de una grave falencia evidenciada en la

investigación pertinente por parte del Ministerio Público, en cuanto sustenta la hipótesis de que Marín Rojo le entregó a Monardez Tapia la suma de un millón de pesos en efectivo, aparentemente, siendo del caso absolutamente legítimo preguntarse si dicha suma de dinero realmente existió, desde el momento en que no hay antecedente alguno, tanto en el auto de apertura del juicio oral como durante el desarrollo del juicio mismo, de que tal dinero haya sido incautado, como lo fue la droga en la ciudad de Arica, de modo tal que no resulta comprensible cómo podría Marín Rojo haber cancelado el precio total o parcial de la droga que recibiría de manos del señalado Monardez Tapia, como se pretende con la hipótesis sustentada por el Ministerio Público.

DÉCIMOCTAVO: Que, la defensa del acusado **Luis Alejandro Monardez Tapia** en sus alegatos de apertura y clausura, reconoce la responsabilidad de su representado como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, sin embargo, hace presente que éste cooperó de manera genuina, honesta, a cara descubierta y "super eficaz", pidiendo, en consecuencia, se le reconozca la atenuante especial de cooperación eficaz contemplada en el artículo 33 de la Ley N° 19.366, se le rebaje la pena y, en definitiva, se le condene a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, se le exima del pago de la multa en conformidad al artículo 40 (sic) de la precitada Ley, se le conceda el beneficio alternativo de reclusión nocturna, que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N° 18.216, se le suspenda

el referido beneficio por la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, cual es el hecho de encontrarse recluidos dos hijos de Adolfo Rivera, lo que implica un riesgo a su integridad y, finalmente, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 47 inciso 3º del Código Procesal Penal, se le exima del pago de las costas.

DECIMONOVENO: Que, producto de la información proporcionada por Luis Alejandro Monardez Tapia fue posible la aprehensión de María Teresa Michea Robledo, persona ésta que no era conocida por la Policía y que de no mediar su información, no habría sido ésta descubierta, lo cual constituye, en opinión de estos jueces, la cooperación eficaz del artículo 33 de la ley N° 19.366, toda vez que tal información consistió en el aporte voluntario de datos e informaciones precisos, verídicos y comprobables que han contribuido al esclarecimiento de los hechos investigados y han servido, además, para prevenir o impedir la posterior perpetración o consumación de otros delitos de igual gravedad. En tal virtud, este tribunal concuerda con los intervinientes en orden a beneficiar a dicho acusado con la precitada atenuante.

VIGÉSIMO: Que, en orden a acreditar su solicitud de exención del pago de multa, la defensa del acusado Monardez Tapia, ha rendido prueba pericial en relación a la situación socio-económica de éste, conformada por los dichos de la perito, Asistente Social Marta Barboza Barrios, quien ratificando su informe introducido al juicio, expone que efectuó éste en base a una visita domiciliaria, entrevista al acusado y a su empleador; refiere que éste antes de su

detención, trabajaba en una parcela donde percibía una remuneración equivalente a un ingreso mínimo mensual, además, se le proporcionaba casa y facilidades para preparar sus alimentos; añade que es padre soltero de dos hijas, las que viven con su ex pareja, siendo una persona de escasos recursos, que vive en una precaria situación por cuanto sus ingresos no alcanzan a cubrir las necesidades básicas de él y su familia, y, finalmente, de acuerdo a los parámetros observados, su situación económica indica condición de extrema pobreza y no estaría en condiciones de soportar la multa a que pudiere ser condenado, la que resultaría en una suma cercana a los \$1.200.000

VIGÉSIMOPRIMERO: Que, el tribunal no dará lugar a la petición de exención de pago de multa reseñada precedentemente, no obstante, habida consideración a la pericia socio-económica reseñada en el fundamento anterior y, atento a lo dispuesto en el artículo 39 inciso segundo de la ley N° 19.366, hará uso de la facultad que esta disposición le confiere y rebajará al acusado Monardez Tapia la multa señalada en la ley, y con el mismo mérito del peritaje mencionado, de acuerdo a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 70 del Código Penal se le otorgará un plazo prudencial para su pago, conforme se resolverá.

VIGESIMOSEGUNDO: Que, referente a la solicitud del señalado acusado en cuanto pide se le conceda el beneficio alternativo de cumplimiento de condena mediante el sistema de reclusión nocturna, este tribunal emitirá pronunciamiento a su respecto en lo resolutivo del fallo y, en cuanto a la

petición de que se le sustituya dicho beneficio en alguna de las formas señaladas en el artículo 10 de la Ley N° 18.216, no acogerá tal petición por cuanto no existe a la fecha del presente fallo, resolución ejecutoriada alguna que se pronuncie respecto de tal beneficio, resultando así imposible sustituir lo inexistente.

VIGESIMOTERCERO: Que, finalmente, en torno a la petición de exención de pago de costas, impetrada por la defensa, este tribunal no dará lugar a ella, considerando que el informe social, si bien revela que Monardez Tapia percibe un bajo ingreso, razón por la cual ya se le benefició con la rebaja del quantum de la multa, no es menos cierto que el monto de sus gastos tampoco es excesivo, por cuanto su empleador le proporciona la habitación y facilidades para prepararse sus alimentos en ella; sumado a lo anterior, cabe acotar que la carga de las costas será compartida con su coacusada, razón por la cual no se dará lugar a tal petición.

VIGESIMOCUARTO: Que, la defensa de la acusada María Teresa Michea Robledo, en sus alegatos de apertura y clausura, sostuvo que los únicos elementos de cargo en contra de su defendida, lo constituyen los dichos del acusado Luis Alejandro Monardez Tapia y el Subcomisario de Investigaciones Méndez Pino, los cuales estima insuficientes para su inculpación, por lo que solicita su absolución; hace presente que no concurre a su respecto la agravante de reincidencia específica del artículo 12 N° 16 del Código Penal, por cuanto a la fecha del delito se encontraba con libertad condicional, que

es un modo de cumplir la pena, por lo tanto, a esa fecha no estaba cumplida, y acota que tampoco existe certificado de reincidencia y, finalmente solicita la exención del pago de la multa por aplicación de la facultad contenida en el artículo 39 de la Ley N° 19.366, atenta su situación económica e informe social evacuado en torno a la misma por la perito Marta Barboza y ,en subsidio, se aplique el artículo 70 del Código Penal, concediendo plazo para su pago.

VIGESIMOQUINTO: Que, en cuanto a la petición de absolución formulada por la acusada Michea Robledo, este tribunal la desestimará, y por razones de economía procesal, se remite a lo ya razonado en el considerando decimoquinto del presente fallo.

VIGESIMOSEXTO: Que, en lo que a la inexistencia de la agravante de reincidencia específica del artículo 12 N° 16 del Código Penal respecta, estos juzgadores resolverán en torno a ella al momento de pronunciarse sobre la existencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, en orden a acreditar su solicitud de exención del pago de multa, la defensa de la acusada María Teresa Michea Robledo, ha rendido prueba pericial en relación a la situación socio-económica de ésta, conformada por los dichos de la perito Asistente Social, Marta Barboza Barrios, quien ratificando su informe introducido al juicio, expone que efectuó éste en base a una entrevista a la acusada, a su padre, a una hermana, a sus dos hijas mayores y a una persona que le arrendaba; que tiene 46 años y 5 hijos, de 26, 25 y 20, provenientes del

matrimonio y dos menores, de 10 y 8 años, producto de una convivencia, pero a la fecha de su detención, estaba sola a cargo del mantenimiento de sus dos hijos menores, para lo cual vivía de los productos de repostería y cocina que elaboraba en su casa; agrega que a la fecha en que la acusada fue detenida, éstos quedaron al cuidado de la abuela materna, la que fallece intempestivamente a consecuencia de un accidente vascular y, por ello, la menor de 10 años fue llevada a Iquique a la casa de una hija del primer matrimonio y el menor de 8 años, continúa pernoctando en casa del abuelo materno, permaneciendo durante el día con la otra hermana mayor y percibía de parte de su cónyuge una pensión de \$83.000. Concluye manifestando que la acusada presenta una situación económica de precariedad que no tiene acceso a ayuda de familiares ni de terceras personas, que se observan parámetros de pobreza crónica y sostenida, no obstante se observa un espíritu de superación y emprendimiento. En consecuencia y como corolario de su exposición, manifiesta que no se encuentra en condiciones de afrontar pago de multa a que pudiere resultar condenada.

VIGÉSIMOCTAVO: Que, el tribunal no dará lugar a la petición de exención de pago de multa reseñada precedentemente, no obstante habida consideración a la pericia socio-económica analizada en el considerando anterior y, atento a lo dispuesto en el artículo 39 inciso segundo de la ley N° 19.366, hará uso de la facultad que esta disposición le confiere y rebajará a la acusada Michea Robledo la multa señalada en la ley, y

con el mismo mérito del peritaje mencionado, de acuerdo a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 70 del Código Penal se le otorgará un plazo prudencial para su pago, conforme se resolverá, acogiendo de esta forma la petición deducida en tal sentido.

VIGÉSIMONOVENO: Que, la defensa del acusado **Luis Marín Rojo** en sus alegatos de apertura y clausura solicita la absolución de su defendido, en atención a que, fundamentalmente, el objeto material del presente delito, esto es, la droga, no está debidamente acreditado, evidenciándose varias falencias, las que dicen relación con cadena de custodia, peritajes de dudoso valor y particularmente con la circunstancia de que el presente delito se agotó, en su concepto, el 22 de enero del año en curso, toda vez que en esa noche se fijó, rotuló e incautó la droga, siendo llevada al cuartel de Investigaciones. Sin perjuicio de lo anterior, da cuenta de un vicio que anularía la eventual participación de su defendido en este juicio, el que dice relación con la entrega vigilada preceptuada en el artículo 29 de la Ley N° 19.366; ésta no supone que sea el funcionario policial quien transporte y entregue la droga en Coquimbo, su papel debiera ser solo vigilar, y es del caso que en este juicio, dicho traslado fue efectuado por la propia policía. Además, de este modo, la droga que se le entregó a su defendido, jamás habría podido atentar contra la salud pública, puesto que ella se encontraba incautada desde mucho antes a la citada entrega.

TRIGÉSIMO: Que, en cuanto a la alegación de falencias respecto a la

cadena de custodia de la droga, este Tribunal rechazará tal ponencia, pues examinada la evidencia material constituida por las cinco botellas de plástico contenedoras de la droga, se establece que ellas fueron debidamente selladas por personal de Investigaciones, dejándose constancia en ellas mismas, que éstas proceden del terminal rodoviario, lugar éste que es precisamente aquél en que el funcionario de Aduanas respectivo sorprendió la droga en el interior de la maleta que portaba el acusado Monardez, sin que haya antecedente alguno en este juicio que indique que la pasta base de cocaína haya sido incautada por funcionarios de ese Servicio de Aduanas, sino que, por el contrario, comenzó dicha cadena de custodia con la actuación inicial del funcionario Muñoz, cuya firma el tribunal pudo observar directamente en los envases de marras y, se trata de la misma persona que hizo entrega del referido alcaloide al Servicio de Salud de Arica, según consta del acta de entrega pertinente, debidamente introducida al juicio, compareciendo así a declararlo en este juicio.

Respecto a la afirmación que formula en orden a que los peritajes introducidos al juicio fueron de dudoso valor, es necesario dejar establecido que la valoración de la referida droga fue debidamente acreditada con la declaración prestada por los peritos Margarita Ugalde y Julio Maldonado Cid, cuyas conclusiones no fueron debidamente impugnadas en la audiencia, teniendo presente para así resolverlo, por una parte, que las contra interrogaciones que les fueron dirigidas

sólo dijeron relación con aspectos formales de los análisis químicos efectuados, sin que, por la otra, la defensa rindiera prueba alguna tendiente a demostrar la ineffectividad de las conclusiones allí anotadas.

En cuanto a las demás alegaciones formuladas por la defensa del enjuiciado Marín Rojo, atendido lo ya establecido en los motivos decimotercero, decimocuarto y decimoséptimo, estos juzgadores hacen suya la ponencia expuesta por la defensa sobre tales tópicos, las que por razones de economía procesal se dan por reproducidas.

TRIGÉSIMOPRIMERO: Que, la defensa del acusado **Luis Marín Flores** solicitó como petición principal la absolución del mismo, dado que no hay elementos de prueba suficientes para acreditar que él tenía conocimiento acerca de la naturaleza del encargo que su padre recibiría, añadiendo que su presencia en el lugar de la detención se debió única y exclusivamente al pedido que anteriormente le formulara su progenitor en orden a que se encontraran en ese lugar. En subsidio, solicita se le reconozca la atenuante de la irreprochable conducta anterior, como muy calificada; se le exima asimismo del pago de multa y, en su caso, se le otorguen facilidades para su pago.

TRIGÉSIMOSEGUNDO: Que, atento a lo ya razonado en el motivo décimo séptimo, estos sentenciadores, una vez más, por razones economía procesal se remiten expresamente a lo allí asentado, estimándose así innecesario emitir pronunciamiento respecto a las

peticiones subsidiarias contenidas en el considerando anterior.

TRIGÉSIMOTERCERO:

Que, la defensa de la acusada Jacqueline Díaz Heredia en sus alegatos de apertura y clausura, después de hacer una serie de puntualizaciones respecto a la forma como se dieron los hechos de este juicio, impetra la absolución de su defendida por falta de participación en el delito y, en subsidio, se establezca que su eventual participación fue solo la de cómplice; se le reconozca como muy calificada la atenuante de su irreprochable conducta anterior; se le conceda el beneficio de remisión condicional de la pena, y, por último, se la exima del pago de la multa pertinente.

TRIGÉSIMOCUARTO: Que, atento a lo ya razonado en el motivo décimo sexto, estos sentenciadores, una vez más, por razones economía procesal se remiten expresamente a lo allí asentado, estimándose así innecesario emitir pronunciamiento respecto a las peticiones subsidiarias contenidas en el considerando anterior.

TRIGÉSIMOQUINTO: Que, siendo la pena aplicable al delito una divisible que consta de dos grados y habiéndole sido reconocida al enjuiciado Luis Alejandro Monardez Tapia la atenuante especial de cooperación eficaz a que refiere el artículo 33 de la Ley N° 19.366, estos jueces, haciendo uso de la facultad que dicho precepto le confiere, rebajará la pena asignada al delito en un grado, esto es, a presidio menor en su grado máximo y, no existiendo agravantes que le perjudiquen, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del

artículo 68 del Código Penal, el tribunal se encuentra facultado para recorrer libremente el grado al momento de aplicar la pena.

TRIGESIMOSEXTO: Que, estos juzgadores comparten la ponencia esgrimida por la defensa de la acusada María Michea Robledo, en el sentido de que a ésta no le perjudica la agravante específica de la reincidencia prevista en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, por cuanto si bien consta de su extracto de filiación y antecedentes que la referida acusada fue condenada a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, por un delito de tráfico ilícito de estupefacientes, cometido en enero de 2000, el Ministerio Público no acompañó antecedente alguno tendiente a acreditar que dicha sanción se encontraba cumplida al momento de cometerse el presente ilícito, lo que obsta a configurar la agravante en comento, debiendo en todo caso hacer presente este tribunal, de acuerdo a lo oído en estrados, esto es, que la referida acusada se encontraba al momento de comisión del presente ilícito cumpliendo condena bajo el régimen de libertad condicional, bien pudo haberse configurado, a su respecto, la agravante prevista en el artículo 12 N° 14 del Código Penal, circunstancia que en todo caso no fue establecida por el antedicho Ministerio Público, hecho que, por otra parte, impide que este tribunal ponga en conocimiento de la autoridad respectiva la situación ya anotada, para los fines legales pertinentes.

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que, siendo la pena aplicable al delito una divisible que consta de dos grados y,

careciendo la acusada Michea Robledo de atenuantes que le beneficien como de agravantes que le perjudiquen, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 68 del Código Penal, el tribunal se encuentra facultado para recorrer libremente el grado al momento de aplicar la pena.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 14 N° 1, 15 N°1, 24, 26, 28, 29, 31, 50, 68, 70 del Código Penal, 1°, 5, 27, 28, 33 y 39 de la ley 19.366, y 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

1°.- Que se **condena a Luis Alejandro Monardez Tapia**, ya individualizado, a **sufrir la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo** y multa de veinte unidades tributarias mensuales, como autor del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes establecido en el artículo 5° en relación con el artículo 1° inciso 1° de la ley N° 19.366, sorprendido en esta ciudad el 22 de enero del año 2003.

Se le condena, además, a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

2°.- Que se **condena a María Teresa Michea Robledo**, ya individualizada, a **sufrir la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo** y multa de veinte unidades tributarias mensuales, como autora del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes establecido en el artículo 5° en relación con el artículo 1° inciso 1° de la ley N° 19.366, perpetrado

en esta ciudad el 22 de enero del año 2003.

Se le condena, además, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

3°.- Que se **absuelve** a los acusados **Jacqueline Julia Díaz Heredia, Luis Antonio Marín Rojo y Luis Romelio Marín Flores**, ya individualizados, de la acusación que les formulara el Ministerio Público en la que los sindicaba autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 5° en relación al artículo 1° inciso primero de la Ley N° 19.366, sorprendido el 22 de enero de 2003

4°.- La multa anteriormente impuesta a los sentenciados Monardez Tapia y Michea Robledo deberá ser ingresada en arcas fiscales dentro del término de cinco días contados desde la fecha en que quede ejecutoriada esta sentencia; si los condenados no tuvieren bienes para satisfacer la multa o teniéndolos, se negaren a hacerlo, sufrirán por vía de sustitución o apremio, la pena de reclusión, regulándose ésta en un día por cada media UTM, sin que ella pueda exceder de seis meses.

Sin perjuicio de lo resuelto precedentemente, habida consideración de que el monto de la multa impuesta aparece alzado en relación con los recursos económicos aparentes de los condenados y conforme, además, a la facultad que a tal efecto le confiere al tribunal el artículo 70 del Código Penal, se les autoriza a pagarla en doce mensualidades, de ellas, once cuotas

iguales de 1,6 UTM y la última de 2,4 UTM, bajo apercibimiento de que la falta de pago de una sola de dichas cuotas hará exigible de inmediato el total del saldo de la multa o su substitución de la manera indicada en el párrafo anterior.

5º.- Atento que el acusado Monardez Tapia carece de irreprochable conducta anterior y, en conformidad a lo previsto en el artículo 15 letra b) de la Ley Nº 18.216, estos juzgadores no le concederán el beneficio de libertad vigilada contenido en dicho precepto; en consecuencia, dispone que la sanción corporal que le ha sido impuesta deberá ser efectivamente cumplida por éste.

6º.- Atendida la extensión de la pena impuesta a la acusada María Teresa Michea Robledo, no se le concederá ninguna de las medidas alternativas a penas privativas o restrictivas de libertad contenidas en la ley Nº 18.216 y, al efecto, deberá entrar a cumplir efectivamente la sanción corporal anteriormente impuesta, debiendo servirle de abono el tiempo que ha permanecido ininterrumpidamente privada de libertad, esto es, desde el 26 de enero del año en curso, según consta del auto de apertura del juicio oral.

7º.- Se condena a ambos acusados al pago proporcional de las costas de la causa.

8º.- Se decreta el comiso de un sillón floreado y una maleta de color negro singularizados en el párrafo c) "objetos", de los medios de prueba del Ministerio Público, especies que, en su oportunidad, deberán ponerse a disposición del Fondo Nacional de Desarrollo Regional, para los efectos previstos en los artículos 27 y 28 de la Ley Nº 19.366.

Devuélvase los documentos y restantes evidencias materiales acompañados por los intervinientes en el juicio.

En su oportunidad, cúmplase por el Juzgado de Garantía de esta ciudad con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal en relación con el artículo 113 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese.

Redactada por la Juez doña María Verónica Quiroz Fuenzalida.

Rit 17-2003.

PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ARICA DON RODRIGO MARCELO OLAVARRÍA RODRÍGUEZ, DON JULIO CÉSAR AGUILAR FUENTES Y DOÑA MARIA VERÓNICA QUIROZ FUENZALIDA.

**CORTE DE APELACIONES DE ARICA
CONSULTA ESTADOS DE
RECURSOS DETALLE RESOLUCION
RECURSO : 126/2003 - RESOLUCIÓN
: 5594 – SECRETARIA**

Arica, diecinueve de diciembre de dos mil tres.

VISTOS:

A fojas 56 comparece el Abogado Sr. Heriberto Reyes Carrasco, en su calidad de Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Arica del Ministerio Público, interponiendo recurso de nulidad con el objeto de invalidar el Juicio Oral de fecha 20 de Octubre de 2003 y la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Arica, integrado por los Sr. Jueces ya

individualizados fundado en las causales del artículo 373, letra b) y 374 letra e) del Código Procesal Penal, las cuales se invocan conjuntamente al tenor de lo dispuesto en el artículo 376 inciso segundo del mismo cuerpo legal desde que la sentencia recurrida junto con condenar a Luis Alejandro Monardes Tapia; Maria Teresa Michea Robledo determina absolver a los imputados Jacqueline Julia Díaz Heredia; Luis Antonio Marín Rojo, Luis Romelio Marín Flores de la acusación que le formulara el Ministerio Público, en la que los sindicaba como autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes del artículo quinto en relación con el artículo primero de la ley 19.366. La sentencia recurrida condena: a LUIS ALEJANDRO MONARDES TAPIA y a MARIA TERESA MICHEA ROBLEDO, a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo y a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo respectivamente, cada uno de ellos; mas el pago de una multa de 20 UTM cada uno por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes establecido en el artículo quinto en relación con el artículo primero inciso primero de la ley 19.366, hecho perpetrado en Arica el 22 de Enero de 2003. Se impone además a cada uno de los condenados la pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos; oficios públicos y der echos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares por el tiempo que dure la condena, siendo esta ultima aplicable solo a María Teresa Michea Robledo. Continua la sentencia recurrida dictaminando que se absuelve de la acusación que formulara

el Ministerio Público contra otros tres imputados que los sindicaba como autores del mismo delito ya señalado, sorprendido en Arica el 22 de Enero del 2003. A fojas 20, comparece el Abogado don Carlos Verdejo Galleguillos, en representación del acusado LUIS ALEJANDRO MONARDES TAPIA y deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Arica en esta causa, con fecha Veintiocho de Octubre de Dos Mil Tres, mediante la cual se condenó a su representado a sufrir la pena de Cuatro años de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias legales en su calidad de autor de un delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Funda su recurso en las causales de nulidad tipificadas en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal en cuanto a la sentencia habría omitido el requisito previsto en el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal. Subsidiariamente invoca como causal de su recurso la tipificada en la letra f) del artículo 374 del Código Procesal Penal por cuanto la sentencia se habría dictado con infracción a lo prescrito en el artículo 341 del Código Procesal Penal. En cuanto a la primera causal invocada indica que esta se habría materializado durante el pronunciamiento de la sentencia desde el momento en que esta no se hace cargo en su fundamentación de toda la prueba producida durante el Juicio Oral, vulnerando de esta manera lo dispuesto en el artículo 342 letra c) del mismo cuerpo legal en cuanto la sentencia no contiene la valoración de los medios de prueba que fundamentan sus

conclusiones de conformidad con el artículo 297 del Código citado. La segunda causal, amparada en el artículo 374 letra f), se apoya en el supuesto que el Ministerio Público solo pidió se condene al imputado LUIS ALEJANDRO MONARDES TAPIA a una pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y el Tribunal terminó condenándolo a una pena mucho mayor a la solicitada por el acusador faltando así, según su opinión al principio de la congruencia lo que tipifica la causal invocada. Concluye solicitando que se acojan sus peticiones, la una, subsidiariamente con la otra y en definitiva se anule el juicio oral realizado disponiendo la celebración de un nuevo juicio oral por Tribunal no inhabilitado al efecto determinando que el estado en el que debe quedar el procedimiento sea el de haberse dictado auto de apertura por parte de la Juez de Garantía doña MARIA DEL PILAR LABARCA ROCCO. A fojas 35 concurre el Abogado Sr. EDUARDO H RODRÍGUEZ MUÑOZ, Defensor Penal Público en representación de la imputada doña MARIA TERESA MICHEA RODRÍGUEZ deduciendo recurso de nulidad en contra de la sentencia ya referida dictada por el mismo Tribunal Oral en la que se condena a su representada a la pena de cinco años y un día de presidio menor en su grado mínimo; multa de 20 UTM y accesorias legales como autora del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, si ninguno de los beneficios de los contemplados en la Ley 18.216. Fundamenta su recurso en la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal desde que,

según su criterio la sentencia recurrida incurre en la causal prevista en el artículo 347 letra e) del Código Procesal Penal desde que se resuelve que la acusada MARIA MICHEA ROBLEDO se le acredite su participación, cabalmente demostrada mas allá de toda duda razonable con la prueba rendida por la Fiscalía, haciendo además otras consideraciones respecto de ese mismo hecho. Concluyen solicitando se conceda el recurso, se acoja y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal se anule la sentencia recurrida dictándose separadamente la nueva sentencia absolutoria de reemplazo. En cuanto al primero de los recursos, esto es el deducido por el Ministerio Público a fojas 56 cabe indicar que el recurrente alude a que la causal del artículo 374 letra b) del Código Procesal Penal se materializo en el momento en que pronuncia la sentencia haciendo en ese acto una errónea aplicación del derecho lo que influyo sustancialmente en lo dispositivo del fallo cuando esta sentencia absolvió a dos imputados por los argumentos y razonamientos contenidos en los considerandos décimo tercero; décimo cuarto y décimo séptimo del mismo, ya que los sentenciadores concluyen que desde el momento en que la droga fue incautada por la Policía; pesada, sellada y rotulada se detuvo el curso causal del ilícito. En consecuencia las acciones desplegadas con posterioridad nunca tuvieron la posibilidad de poner en peligro el bien jurídico protegido esto es, la salud pública, fallando así un elemento esencial del delito que consiste en la afectación del señalado bien jurídico.

Concluye que los conductos desarrollados no fueron idóneos para la tipificación del delito de tráfico ilícito de estupefacientes ya que la entrega vigilada como tal, no cumplía con los requisitos que la ley exige al ser efectuada directamente por la Policía y no por el acusado Monardes Tapia. Este acto no implica vigilancia sino participación directa de la Policía en ello, lo que esta prohibido por la ley. Continúa el recurrente señalando que a juicio del sentenciador el delito se encontraba agotado desde que el objeto material del delito estaba en poder de la Policía de Investigaciones. Así, nunca estuvo en peligro la salud pública por lo que no existe amenaza al señalado bien jurídico faltando un elemento indispensable del ilícito investigado; no pudo haber delito y en consecuencia se absuelve a los imputados. El recurrente estima que los sentenciadores cometieron tres errores en la aplicación del derecho, a saber: a) Sancionar en forma independiente a cada uno de los acusados según la etapa o punto de intervención de estos en el desarrollo del tráfico ilícito; b) Pretender sancionar en forma independiente a cada uno de los acusados, según la etapa o punto de intervención en el desarrollo del tráfico ilícito y c) Entender que el bien jurídico forma parte del tipo penal y que el delito de tráfico ilícito es un delito de peligro concreto. En el primer punto, indicó que el error surge al no considerar que el ilícito investigado es un delito de emprendimiento, en el cual lo que se castiga es el tráfico y no solo el de aquella droga con la que efectivamente se ha descubierto o aprehendido un sujeto, sino que va más allá, cubriendo

las etapas de adquisición, transporte y entrega a su destinatario final por lo que estas no podrán separarse independientemente para ser castigadas como una unidad desmembrada del todo. Eso sería, a juicio del recurrente el error de derecho en el que el incurren los sentenciadores. Apoya su tesis en doctrina de otros fallos en el que se ha resuelto que el delito del artículo quinto de la ley 19.366 es un delito de emprendimiento que se perfecciona desde que se ejecuta un acto enderezado directamente a la difusión del estupefaciente como ocurre, con el traslado y transporte de la sustancia de un punto a otro con el propósito de comercializarlo en un punto en que el último o transferirlo a terceros a cualquier título. El carácter de emprendimiento del delito de tráfico de droga se deduce no solo del inciso segundo del artículo quinto de la ley 19.366, sino también del artículo 24 del mismo cuerpo legal que equipara la tentativa con la consumación del delito. Concluye que la tesis de la interrupción del curso causal por la interceptación de la droga y por estar controlado por la Policía al momento de la entrega vigilada no es procedente ya que lo que se castiga es el tráfico, y aquel existe y se consume desde que se descubre el porte y transporte de la sustancia. El recurrente continúa diciendo que en el segundo error de derecho en el que incurre la sentencia consiste en entender que el bien jurídico protegido forma parte del tipo penal y que el delito de tráfico ilícito es un delito de peligro concreto: Al respecto argumenta que el delito investigado, si bien no requiere comercialización de la droga, implica

difusión de la misma a cualquier título, es decir, solo se requiere transferencia a terceros o un propósito claramente evidenciado de efectuarla. Así, en el delito investigado, no es elemento del tipo la afectación real y concreta del bien jurídico salud pública. No podría hablarse falta de tipicidad en lo obrado por parte de los absueltos Marin Flores y Marin Rojo, ya que el delito se consuma desde que se concertan con Monardes para trasladar la droga a Coquimbo, presumiéndose el tráfico por haberse acreditado dicho transporte siendo en consecuencia el peligro de difusión el que configura la afección abstracta a la salud pública que es el bien jurídico protegido; de allí entonces, el medio de transporte y la forma de transportarla no afecta al raciocinio anterior por cuanto el peligro abstracto del delito de tráfico de droga siempre existió respecto de los procesados absueltos que estaban concertados para recibirlo. Continúa señalando que el tercer error de la sentencia fue el hecho de estimar que la entrega vigilada no se ajustó a lo dispuesto en el artículo 29 de la ley 19.366. En efecto señala que es errónea la tesis sustentada por los sentenciadores cuando estos concluyen que la droga destinada a Marin Rojo y Marin Flores nunca estuvo en posibilidad de convertirse en peligro de salud pública ya que siempre estuvo en poder de la Policía. Así entonces es erróneo estimar que la entrega vigilada es una prueba para acreditar el delito y no una técnica de investigación de la ley 19.366, omitiendo el hecho que el delito estaba acreditado desde el momento en que se acreditó la droga sin perjuicio de las demás pruebas introducidas durante

el desarrollo del proceso. El hecho de haberse pesado, sellado y rotulado por parte de los funcionarios policiales al momento de la incautación y transportada a Coquimbo por los mismos Policías para ser entregado a Marin Rojo y Marin Flores, no habría infringido, a juicio del recurrente la disposición del artículo 29 ya aludido por cuanto dicha norma legal permite al Ministerio Público adoptar todas las medidas para vigilar las especies y bienes a que se refiere el inciso primero de la norma, como así mismo protege a todos los que participen en la operación, siendo estas facultades las que permiten que la droga sea pesada y sellada y rotulada a objeto de facilitar su vigilancia, autorizando además a que la Policía participe en su transporte y custodia previa a la entrega vigilada como así mismo acompaña al encargado eficaz tanto para su vigilancia como para su protección. En la especie y dado que el texto legal no indica en que consiste la circulación vigilada de droga ilícita, se concluye que la norma no impide que la Policía viaje con el cooperador eficaz, suponiendo esta vigilancia incluso la custodia de la droga hasta el momento de la entrega propiamente tal. En este punto hace presente el recurrente que la Policía no participó en la entrega en Coquimbo ya que solo mantuvo la vigilancia necesaria para impedir la fuerza del cooperador eficaz y los acusadores encargados de recepcionar la droga hecho que se encuentra acreditado en proceso. La errónea aplicación del derecho que influyó en lo dispositivo del fallo consistió según el recurrente, en que todos los actos desplegados por la polic

'eda después de la incautación de la droga no fueron eficaces para configurar el ilícito investigado y por ello se absolvió a Luis Antonio Marín Rojo y Luis Romelio Marín Flores. Como segundo motivo de la causal de nulidad, se esgrime la del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal desde que la sentencia omitió alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letra c) del mismo cuerpo legal cuando no expone clara, lógica y completamente, cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y la valoración de los medios de prueba que fundamentan dicha conclusiones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 norma esta última que entrega el tribunal la libertad para apreciar la prueba mientras no contravenga los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente probados, imponiendo al tribunal la obligación de hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso la que desestime y que no le produce convicción alguna, debiendo indicar las razones que tuvo en cuenta para ello. Agrega que el tribunal solo se limitó en el considerando quinto letra e) de la sentencia a indicar que incluía diversos elementos de prueba sin razón sobre la misma incurriendo con ello en la causal de nulidad invocada por el recurrente en este capítulo. Por último estima que el sentenciador incurrió en una falta de fundamentación lógica de las conclusiones a los que llega en torno a la inexistencia del dinero incautado en esta investigación, lo que estaría en absoluta contradicción con la prueba rendida ya que esta da cuenta de la

existencia del dinero y su transferencia, por lo que las conclusiones del tribunal no se ajustan a los requisitos del artículo 297 del Código Procesal penal. Finaliza solicitando concretamente que se acojan las causales de nulidad esgrimidas, ordenándose además la realización de un nuevo juicio oral por los motivos expuestos precedentemente. CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO 1.- En cuanto al recurso de nulidad deducido por el fiscal adjunto del Ministerio Público. PRIMERO: Que, como se señaló en la parte expositiva, el mismo se funda en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, desde que en el pronunciamiento de la sentencia incurrió en una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo y, a consecuencia de la cual, se absolvió de la acusación de tráfico ilícito de estupefacientes a los imputados. SEGUNDO: Que tal y como lo señala el recurrente, el considerando décimo tercero de la sentencia le restó eficacia jurídica a la diligencia de entrega vigilada, ya que en concepto de los Jueces recurridos desde que se manipula la droga incautada, esto es, al rotularse, se le fija y sella por parte de la Policía de Investigaciones, el objeto material de delito quedó solo en poder de ésta, de manera tal que el porte y tenencia de la misma hasta la ciudad de Coquimbo nunca pudo poner en peligro el bien jurídico protegido por la ley, esto es, la salud pública, ya que aparte de la interrupción del decurso, la droga dejó de estar en el comercio humano y, por lo tanto, nunca pudo afectarse el referido bien jurídico. Faltando ese

elemento indispensable en el ilícito, no se pudo configurar, a partir de ese momento, el delito por lo que las conductas desarrolladas con posterioridad a ello, resultaron inconducentes para la tipificación del delito. El considerando décimo cuarto hace presente además, que en la especie, no se ha dado la figura de la entrega vigilada contemplada en el artículo 29 de la ley 19.366, ya que el traslado de la droga hasta la ciudad de Coquimbo no se efectuó por el acusado confeso sino por la Policía de Investigaciones, la que siempre mantuvo en su poder y custodiada la droga, careciendo de importancia si en ese viaje fue acompañado por el acusado MONARDEZ, siendo este último quien debió haber ejecutado las acciones con el propósito de individualizar a las personas que participan en la ejecución del ilícito correspondiendo a la Policía solo la vigilancia de todo el proceso. Los sentenciadores apoyan su tesis en la convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas suscrita en Viena el 20 de Diciembre de 1988, aprobada por Decreto Supremo N° 543 del 31 de Mayo de 1990, publicado en Diario Oficial de 20 de Agosto de 1990, norma legal que dispone que la entrega vigilada deba hacerse con el conocimiento y bajo la supervisión de las autoridades competentes, circunstancia que esta última que a juicio de los sentenciadores impediría que ésta pueda realizarse directamente por la Policía como ha sucedido en la especie, lo que debió hacerse por el propio delincuente quien debe actuar

bajo la supervisión y vigilancia de la policía. En lo concerniente a los acusados absueltos -continúa el fallo en su considerando décimo séptimo- se tiene presente que la droga fue incautada y trasladada el 22 de enero de 2003, por lo que conforme al criterio de los sentenciadores, el delito se agotó, y dado que la detención de otros imputados se produjo tres días después que la droga se encontraba custodiada por la Policía de Investigaciones, no se puede poner en peligro el bien jurídico protegido, la salud pública y, por ende, no puede existir delito, por lo que concluye que debe absolverse a esos acusados. Arriban a tal conclusión ya que no obstante ser el ilícito investigado de aquellos denominados de peligro, cuando cesa este peligro, no existiría la tipicidad. En cuanto a la suma del dinero que se le habría entregado a Monardes Tapia, los sentenciadores dudan de su existencia ya que no existe antecedente alguno ni en el auto de apertura del juicio oral así como en el desarrollo del mismo, que tal dinero haya sido incautado de modo que no se pudo haber cancelado dinero alguno por la sustancia. TERCERO: Que cabe dilucidar entonces si efectivamente cuando los sentenciadores absuelven, efectúan una errónea aplicación del derecho, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En tal sentido y analizando los antecedentes expuestos precedentemente este Tribunal de Alzada concluye que efectivamente este error se produjo desde que los sentenciadores, distinguen dos etapas en la secuencia del hecho, antes y después de la incautación de la droga. Al respecto se

coincide con el Ministerio Público en el sentido que el delito de tráfico ilícito de estupefacientes es un delito de emprendimiento, que de conformidad lo dispuesto en el artículo 24 de la ley 19.366, se castiga como consumado, desde que hay principio de ejecución y, por lo tanto no es dable ni lógico concluir que este puede dividirse en etapas, ya que la incautación y la entrega vigilada, formaban parte de la investigación, lo que no altera las consecuencias del delito. En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que el fin último de el acusado Monardes Tapia era el de transportar la droga hasta la ciudad de Coquimbo en donde le esperaban los supuestos compradores. Si en el intertanto fue interceptado por la policía, la cual, obedeciendo instrucciones del Ministerio Público impartidas de conformidad al artículo 29 de la ley en comento, planifica y despliega la técnica de investigación conocida como Entrega Vigilada, ese hecho o diligencia no es motivo para determinar que en este caso hubo etapas distintas en la ejecución del delito ya que razonar en contrario haría imposible la investigación y posterior intervención por parte de los organismos competentes encargados de prevenir la comisión de estos ilícitos. Por lo demás, el hecho que el objeto material haya quedado en poder de la policía no implica de modo alguno que esta droga no haya podido permanecer en el comercio humano ya que esta característica, la de permanecer o no en el comercio humano, no la da la circunstancia de su custodia. La comercialización de ella es ilícita por el solo mandato de la ley en los términos

de los artículos 1 y 5 de la Ley Nr.19.366. CUARTO: Que, en cuanto a lo afirmado por los sentenciadores, en orden a que por el hecho de encontrarse rotulada, sellada y custodiada la droga, dejó de existir un peligro para la salud pública y, por ende, no podría existir delito, ya que la entrega vigilada no podría configurarlo porque ya se había extinguido al incautarse y custodiarse los elementos materiales del mismo, esta Corte no comparte dicha tesis puesto que el peligro para la salud pública nace con la comisión del delito; el tráfico que es uno solo y se castiga como consumado desde que hay principio de ejecución, por lo tanto resulta natural y obvio que la consumación del mismo, acabaría con la entrega al destinatario último del alcaloide en el punto final de destino, así la diligencia de entrega vigilada no tuvo el mismo efecto de interrumpir el peligro para la salud pública que la ley entiende como uno solo, máxime si el verbo rector del delito es el tráfico, esto es la comercialización y difusión de droga, sin autorización competente, a cualquier título. Comete el delito entonces no sólo quien la transporta sino quien además ofrece y se concierta para adquirirla finalmente. QUINTO: Que, en lo que dice relación con la eficacia legal de la diligencia de entrega vigilada que se llevó a efecto en la investigación, estos sentenciadores no concuerdan con el criterio de los Jueces recurridos, en primer lugar, porque la propia sentencia reconoce en su considerando Décimo, que cuando cinco Funcionarios Policiales viajan a la ciudad de La Serena acompañados del portador de la droga, durante el viaje,

este último, utilizando un teléfono celular, se comunica con terceros, con el fin de concertar la entrega del alcaloide, lo que se efectúa en la ciudad de Coquimbo en un sitio previamente acordado, hecho que permite la detención de los otros dos sujetos, que resultaron ser los compradores. En segundo lugar, por cuanto se debe tener presente que la entrega vigilada rindió sus frutos como técnica de investigación. Constituye un medio para suspender con éxito los efectos de un delito haciendo un seguimiento de las mercancías de tráfico o comercialización ilícitas con el objeto de indagar una red de distribución o venta de una organización criminal. La misma Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes de 1988, a que ha hecho referencia el fallo recurrido, la define como aquella técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes o sustancias psicotrópicas salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en el conocimiento y bajo la supervisión de autoridades competentes con el fin de identificar a la persona involucrada en la comisión de delito tipificado de conformidad al párrafo primero del artículo tercero de la presente Convención. La entrega vigilada entendida a la luz del artículo 29 de la ley 19.366, no constituye otra cosa que una diligencia de investigación que tiene por objeto lo ya indicado y dado que el legislador no regula la forma material ni la persona que debe ejecutarla físicamente, ya sea el delincuente o el agente encubierto, es dable concluir, al tenor de la norma referida, que es

atribución exclusiva del Ministerio Público adoptar las medidas necesarias para vigilar las especies objeto del delito, coordinar y ordenar quien y como debe hacerse esta entrega para lograr éxito en la investigación y en el caso que nos ocupa, el hecho que la droga haya sido transportada por la policía y no el delincuente, no le resta eficacia a la diligencia, primero, en atención a que así se evita el rompimiento de la cadena de custodia y, segundo, si se está actuando en cumplimiento de órdenes emanadas de la autoridad competente, dentro de marco de una investigación legalmente iniciada, se concluye no sin razón que estas actuaciones fueron eficaces para lograr el objetivo para el cual se empleó, esto es, la individualización y detención de los otros partícipes en el delito, circunstancia que de no mediar esta técnica de investigación jamás podría haberse descubierto, quedando entonces frustrada la misma sin posibilidad de concluirla con éxito. Se acogerá en consecuencia el recurso por este motivo, ya que al no haber razonado de esta manera la sentencia incurre en la causal tipificada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal. SEXTO: Que estos sentenciadores no se harán cargo del resto de las argumentaciones del recurso deducido por el Ministerio Público ni de los recursos de nulidad promovidos por la Defensoría Penal Pública, porque el artículo 386 del Código Procesal Penal obliga a anular la sentencia y disponer la realización de un nuevo Juicio Oral. Por las anteriores consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373, 376

y 384 del Código Procesal Penal, se resuelve: Que se ACOGE el recurso de nulidad interpuesto a fojas 56 de estos antecedentes, por el Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Arica del Ministerio Público en contra de la sentencia de fecha veintiocho de octubre de dos mil tres, dictada por el Tribunal Oral en Lo Penal de Arica, integrado por los Jueces Sres. JULIO AGUILAR FUENTES, RODRIGO OLAVARRIA RODRÍGUEZ Y MARIA VERÓNICA QUIROZ FUENZALIDA, debiendo en consecuencia retrotraerse la causa

hasta el estado de notificarse a los intervinientes la resolución que ordene una nueva audiencia de realización de un nuevo juicio oral por los jueces no inhabilitados que corresponda, por haber incurrido la sentencia recurrida en una errónea aplicación del derecho, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo de conformidad a lo establecido en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal. Regístrese y devuélvase. Redacción del Abogado Integrante Sr. Hans Duarte Fernández Rol N° 126-2003.

- **Comentario:**

I

El artículo 29 de la Ley N° 19.366, relativo a esta materia, señala: "El Ministerio Público podrá autorizar que los envíos ilícitos o sospechosos de las sustancias a que se refieren los artículos 1° y 6°, y los instrumentos que pudieren servir par la comisión de alguno de los delitos sancionados en esta ley, **se trasladen, guarden o circulen dentro del territorio nacional**, salgan de él o entren en él, **bajo la vigilancia de la autoridad correspondiente, con el propósito de individualizar a las personas que participen en la ejecución de tales hechos**, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos.

Podrá utilizar esta técnica de investigación cuando presuma fundadamente que ella facilitará la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero, como, asimismo, el cumplimiento de alguno de los fines descritos en el inciso anterior. Sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre detención en caso de flagrancia, el Ministerio Público podrá solicitar en cualquier momento al juez de garantía que ordene la detención de las partícipes y la incautación de las sustancias y demás instrumentos, **si las diligencias llegaren a poner en peligro la vida integridad de los funcionarios, agentes encubierto o informantes que intervengan en la operación, la recolección de antecedentes importantes para la investigación o el aseguramiento de los partícipes.**

En todo caso, el Ministerio Público deberá adoptar todas las medidas necesarias para vigilar las especies y bienes a que se alude en el inciso primero, como, asimismo, para proteger a todos los que participen en la operación.

Para los efectos de los dispuesto en este artículo, el Ministerio Público podrá solicitar de las autoridades policiales y judiciales extranjeras la remisión de los elementos de convicción necesarios para acreditar el hecho delictuoso y las responsabilidades

penales investigadas en el país, de conformidad a los convenios y tratados internacionales vigentes”.

Lo destacado en negrita dice relación con el adecuado comportamiento del Ministerio Público y de la Policía en el caso concreto fallado en la decisión que a continuación se menciona y que no nos ha parecido feliz desde ningún punto de vista.

II

En efecto. Se resolvió que “no se ha dado la figura de la entrega vigilada contemplada en el artículo 29 de la Ley N° 19.366, señalada por el Ministerio Público en el correspondiente auto de apertura de juicio oral, toda vez que el traslado de la droga desde esta ciudad (Arica) hasta Coquimbo **no se efectuó por el acusado confeso en el ilícito, sino por la Policía de Investigaciones**, quién desde el momento mismo de la incautación y hasta el instante de la entrega del alcaloide al Servicio de Salud, en esta ciudad (Arica), mantuvo inalterada la custodia de la droga, careciendo de toda importancia particular la circunstancia de que en el viaje se haya hecho acompañar por el acusado señor **toda vez que, de hecho, el alcaloide estuvo siempre en poder y bajo la custodia y responsabilidad del funcionario policial don quien estuvo a cargo de dicho operativo**, no obstante que, conforme al tenor de dicha disposición, tal actuación de traslado, guarda y circulación de la sustancia para arribar al destino propuesto con el propósito de individualizar a las personas que participen en la ejecución de tales hechos, conocer sus planes, evitar su uso ilícito, prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos conforme lo dispone tal precepto, **debió ser realizada por el imputado y no por la policía a quien sólo competía la vigilancia**”³

III

Como consecuencia de tal circunstancia, establecida como hecho de la causa, se absolvió a dos acusados, los destinatarios de la droga en Coquimbo - (que por lo demás fue recibida por éstos) – incurriéndose a nuestro juicio en errores sustantivos y de forma de grueso calibre.

IV

La entrega vigilada no importa siquiera una norma adjetiva, procesal, propia de este último Derecho. Puede en un proceso existir la entrega vigilada, darse en forma imperfecta o no existir durante la respectiva investigación. No forma parte del Derecho Procesal contenido en el nuevo Código Procesal Penal; tampoco lo fue en aquel contenido en el antiguo. Es una simple norma administrativa, reglamentaria de una actividad policial **sin consecuencias dentro del proceso**, y mucho menos en el ámbito sustantivo propio de la ilicitud penal al que se llegó – extremando su exégesis – al eliminarse el castigo de dos coautores que participaron en un tráfico ilícito de drogas consumado – de acuerdo con el artículo 24 de la ley – desde que se dio principio a la ejecución del delito como fue el concierto previo de la compraventa de la droga, la

³ Sentencia de 28 de octubre de 2003, recaída en la causa rol único 0310000290-5, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica

consecuente adquisición del pasaje de bus en la ciudad de Arica con destino sur, el porte de la sustancia ilícita hasta el rodoviario de la misma ciudad y el abandono que de ella hizo el transportista al atemorizarse de ser sorprendido por un funcionario de Aduana, quién sospechó del contenido de la valija.

V

La entrega vigilada y la norma del artículo 29 de la Ley 19.366 dan cuenta de su verdadera naturaleza y así la denomina este último: se trata de una simple **"técnica policial"** *manejada discrecionalmente por el Ministerio Público* y con él, apoyo operativo y táctico de la Policía.

VI

El fallo a que nos referimos incluyó un elemento no descrito en el artículo 29, una exigencia no contemplada en él, y que, más aún, contradice los actuales principios dogmáticos y de derecho positivo que regulan la materia. No es efectivo y es un error expresar que el artículo 29 al que nos referimos exige "... conforme al tenor de dicha disposición, (que) tal actuación de traslado, guarda y circulación de la sustancia para arribar al destino propuesto con el propósito de individualizar a las personas que participen en la ejecución de tales hechos, conocer sus planes, evitar su uso ilícito, prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos conforme lo dispone tal precepto, **debió ser realizada por el imputado** y no por la policía a quien solo competía la vigilancia" (de la droga) (Considerando Decimocuarto).

VII

La entrega vigilada, en cuanto técnica investigativa, - así lo reconoce acertadamente el fallo, por lo demás - apunta a una finalidad indesmentible: La necesidad de utilizar cuanta herramienta sea necesaria dentro de un ordenamiento jurídico para combatir al narcotráfico y con mayor razón si éste opera organizado. La propia sentencia se refiere a la Convención de Viena de 1988 en cuánto fuente de nuestro artículo 29 de la Ley 19.366 de 30 de enero de 1995. Y esa finalidad es compartida por la Comunidad Internacional en amplísimo término siendo poquísimos los países que aún no la subscriben.

VIII

Admitamos desde un inicio que todos quiénes acuerda y participan en una entrega vigilada u obran como informantes o agentes encubierto, incurrir en un hecho típico voluntario. Pero sólo éstos aparecen eximidos de sanción penal por razones de índole jurídica no siempre apreciadas uniformemente por los estudios; y de ninguna manera exentos terceros delincuentes concertados para llevar a efectos el crimen. Señala Luis Fernando Rey Huidobro que "la aceptabilidad de una institución como la analizada está basada en una excusa absolutoria, es decir, en una cusa de exclusión de pena por razones de política criminal, que abarca las acciones que revisten la calidad de típicas, antijurídicas y culpables como son la participación en el tráfico de drogas y de

prevaricación por faltar a las obligaciones del cargo, cuando el funcionario público deja a sabiendas de promover la persecución y castigo de los delincuentes. Dicho autor expresa que, en España, la doctrina dominante considera que estas prácticas se encuentran abarcadas por una causa de justificación, consistente en el ejercicio legítimo de un derecho o incluso en el cumplimiento de un deber y obediencia debida⁴

IX

Decíamos más atrás que la sentencia criticada introdujo un requisito o exigencia a la “entrega vigilada” que no aparece contemplada en la ley, esto es, que debió única, personal y exclusivamente, **el propio imputado**, ser quién – bajo el brazo – transportara la droga desde el instante en que la recibió del primer delincuente hasta el momento de entregarla a su destinatario delincuente final, correspondiéndole a la Policía sólo “vigilar” al “portador” en el desplazamiento territorial que debía realizar.

Tal afirmación es equívoca por las siguientes razones.

- a) **Es facultad exclusiva del Ministerio Público** “adoptar todas las medidas necesarias para vigilar las especies y bienes a que se alude en el inciso primero”, del artículo 29, “como asimismo para proteger a todos los que participen en el operación”. Es obvio que nunca estará mejor vigilada la droga que al encontrarse **“bajo el brazo de un policía”**, mientras se acompaña al delincuente – cooperador eficaz, también en este instante – materialmente encargado de entregarla al destinatario sin levantar sospechas o aprehensiones en este último. Y sólo desprenderse de ella y ponerla a disposición del delincuente en el momento y lugar oportunos convenidos previamente por ambos coautores. **En otras palabras: el método, la forma, el procedimiento a seguir con ocasión de una entrega vigilada, es de competencia exclusiva del Ministerio Público, método que adoptará de consuno con la Policía para el éxito de este “técnica de investigación”.**
- b) Dentro del ámbito internacional vinculado a la “entrega vigilada” conviene señalar lo que se dijo a propósito de la Cooperación Judicial para promover la Fiscalización de Drogas en el período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas entre el 8 y 10 de junio de 1998: “Para que la técnica dé resultados, la entrega vigilada debe tener el apoyo de las autoridades del país. En algunos casos esto requiere que los países consideren la posibilidad de permitir la exportación, importación o el paso por su territorio de un envío detectado. **El método de entrega vigilada es especialmente eficaz en casos de contrabando marítimo de drogas, envíos no acompañados, envíos postales y equipaje no acompañado**”⁵.

⁴ “Informantes y técnicas de investigación encubiertas” (Capítulo X, Entrega Vigilada) Mario Daniel Montoya, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 1988.

⁵ <http://www.unodc.org/adhoc/gss/hojad1.htm>

- c) Particularmente necesario se hace resalta los casos de **envíos no acompañados, envíos postales y equipajes no acompañados** en los que sería absurdo abstenerse de sancionar al destinatario de la droga, entregada al delincuente recepcionista por la Policía, por ejemplo, por no haber sido personalmente entregada por el delincuente remitente de la misma.
- d) "Las mejores oportunidades para la entrega vigilada son aquellas en que detectan drogas ocultas en envíos de bienes no acompañados por un correo, como por ejemplo, despacho de cargas, equipaje no acompañado, vehículos automotores no acompañados y el correo normal. Sin el recurso de la entrega vigilada, esas detecciones en general, darían como resultado únicamente la incautación de las drogas. Los responsables del contrabando no serían hallados y la organización criminal sólo perdería las sustancias, objeto del tráfico".⁶
- e) "La entrega vigilada por sustitución tiene lugar cuando las drogas de contrabando se sacan de los contenedores y se sustituyen por material de imitación, por ejemplo, harina que no es de contrabando. El contenedor, con contenido de sustitución, se entrega al destinatario normalmente y se siguen en consecuencia los procedimientos legales. Este sistema se denomina **entrega vigilada limpia**".⁷

X

Como puede observarse, el pensamiento internacional no sólo permite la manipulación de la droga por la policía sino que, más aún, la recomienda en todos aquellos casos en que el remitente aparece oculto en las sombras: y se hace necesario seguir a la droga, sustituirla inclusive, sin conformarse, como pareciera hacerlo el fallo, con lo que denominó "**incautación de la droga**", dando por concluido el iter criminis y satisfaciéndose a sí misma con esta última medida como punto final de un determinado "peligro" inherente a la naturaleza del delito.

XI

Decíamos también, que la moderna concepción de la entrega vigilada ha logrado asentarse en el derecho positivo y anidar en los Códigos respectivos. Así ha ocurrido en España, en que añadiéndose en el Título III del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un artículo 282 bis, se le redactó del modo siguiente, en lo que a este comentario conviene:

⁶ "La fiscalización internacional de drogas y la técnica de entrega vigilada" Dr. Kristian Hogeasesor. VII Simposio Internacional de Criminalística

(http://www.policia.gov.co/inicio/portal/unidades/egsan.nsf/áginas/La_fiscalización...)

⁷ "La fiscalización internacional de drogas y las técnica de entrega vigilada" Dr. Kristian Holgeasesor, VII Simposio Internacional de Criminalística

(http://www.policia.gov.co/inicio/portal/unidades/egsan.nsf/páginas/La_fiscalización...)

“A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al juez, **podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos...** “

XII

Aparece lamentable entonces, por decir lo menos, que algunos de nuestro jueces hagan una interpretación – errada a nuestro juicio - de la entrega vigilada, no sólo al señalar requisitos o exigencias de esta técnica de investigación no contemplados en la ley, invadiendo atribuciones propias y exclusivas del Ministerio Público; coartando su libertad investigativa en perjuicio de la sociedad interesada en la identificación de todos los que aparecen vinculados a un tráfico de droga; y lo que es peor aún, contradiciendo todos los principios internacionales que rigen la materia y sustentan modificaciones legislativas contemporáneas. Nosotros, aprovechando la redacción amplia del artículo 29 de la Ley N° 19.366, sin necesidad de tardías y lejanas, leyes modificatorias en los términos hechos por la legislación española, por ejemplo, no deberíamos desaprovechar las oportunidades que nos brinda la actual concepción jurídica de la “entrega vigilada”, su redacción en amplios términos; y la facultad dada **exclusivamente** al Ministerio Público para determinar, en cada caso concreto, la mejor forma de hacer uso de esta técnica de investigación.

XIII

Debemos agregar, finalmente, que en actuales proyectos de Ley, uno bastante avanzado, contemplan como técnica investigativo a la “entrega vigilada”, y lo hacen en términos similares al contemplado en la Ley N° 19.366, reconociendo, de ese modo, el buen resultado policial que esta técnica ha obtenido desde fines del año 1995 a la fecha. Así ocurre, por ejemplo, en la “Ley Corta Antipiratería”, en actual debate, que pretende castigar penalmente las ofensas a la propiedad intelectual y a la evasión tributaria que se produce con tanta frecuencia en la venta callejera de productos clandestinamente elaborados o ingresados ilícitamente al país por medio del contrabando.

Por otra parte, el segundo informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal, **en materias de delitos de pornografía infantil**, admite las nuevas técnicas investigativas originadas en la Ley N° 19.366, refiriéndose expresamente a ellas, comprendiendo a la entrega vigiladas como uno de los pilares de persecución del material escrito, fotografiado o gravado, que pueda distribuirse en el país. Así lo dice el futuro artículo 369 del código Penal, al señalar, “Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la

comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 366 quinquies, 367, 367 bis, 367 ter, 374 bis, inciso primero, y 374 ter, y la investigación lo hiciere imprescindible, el tribunal, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de quienes integren dicha organización, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de comunicaciones entre personas presente. En lo demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal.

Igualmente, bajo los mismos supuestos previstos en el inciso precedente, podrá el tribunal, a petición del Ministerio Público, autorizar la intervención de agentes encubierto. Mediando igual autorización y con el objeto exclusivo de facilitar la labor de estos agentes, los organismos policiales pertinentes podrán mantener un registro reservado de producción del carácter investigado. **Asimismo, podrán tener lugar entregas vigiladas de material respecto de la investigación de hecho que se instigaren o materializaren a través del intercambio de dichos elementos, en cualquier soporte.**

La actuación de los agentes encubiertos y las entregas vigiladas serán plenamente aplicables al caso en que la actuación de los agentes o el traslado o circulación de producciones se desarrolle a través de un sistema de telecomunicaciones.

Los agentes encubiertos, el secreto de sus actuaciones, registros o documentos y las entregas vigiladas se regirán por las disposiciones de la ley N° 19.366.⁸

Como puede observarse, es absolutamente conveniente exigir de nuestros Tribunales Penales una gran apertura interpretativa de estas técnicas policiales, pues es ánimo e intención del legislador – quién así interpreta a la voluntad de la sociedad entera – la prevención, represión y castigo de los más graves delitos que la afligen en la actualidad y respecto de los cuales se puede afirmar, sin temor a equivoco, la existencia de una causalidad vinculatoria entre ellos, la que se hace necesario interrumpir. Piénsese en la ingestión de droga, en el abuso y violencia sexuales, en la pornografía y en la asociación criminal, las que importan una misma criminalidad aún cuando observada desde distintos puntos de vista. La última alimenta a la primera, da origen a la segunda, ésta a la tercera y, nuevamente, se vuelve a la asociación criminal, destinada a nutrir los delitos más frecuentes y remunerativos de nuestra sociedad.

No desalentemos con interpretaciones limitadas las técnicas investigativas que está adoptando, para múltiples delitos, nuestro actual legislador. Y mucho menos estimemos que según el parecer que nos produzca el “como” se llevó a cabo, eximamos de responsabilidad penal a quienes participaron en un crimen de tráfico ilícito de drogas, sin una aparente norma legal que los excluya de pena

⁸ Boletín N° 2.906-07

The page features an abstract graphic design on the left side, consisting of several overlapping grey shapes: a curved bar at the top, a semi-circle, and a larger, irregular shape below it. A dark grey horizontal bar is positioned across the middle of the page, containing the Roman numeral 'III' in white.

III

Artículos

LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y LA RESERVA DE IDENTIDAD DE LOS IMPUTADOS. INFORMES EN DERECHO⁹

OLGA FELIÚ DE ORTÚZAR

Abogado

Asesora Externa del Fiscal Nacional

Se me ha solicitado informar si la libertad de información, asegurada en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política, se vería afectada por la decisión de los tribunales de prohibir revelar la identidad de los imputados; si existen normas legales en el Código Procesal Penal, o en alguna otra ley, que pudieran fundamentar la restricción de la libertad de información señalada; y, si los Fiscales, como intervinientes del nuevo proceso penal, pueden ejercer recursos procesales o constitucionales para impugnar las resoluciones de los Tribunales de Garantía en los casos en que prohíben revelar la identidad de los imputados.

1. Antecedentes de hecho.

Los defensores penales públicos han solicitado a los Tribunales de Garantía, en reiteradas ocasiones durante el último tiempo, que decreten la reserva de la identidad de los imputados, para que sea respetada por los intervinientes, los fiscales entre ellos, y que se ordene a los medios de comunicación la misma prohibición de informar sobre la identidad de los imputados.

Los defensores penales públicos han sustentado sus peticiones en los artículos 92 y 289 del Código Procesal Penal y en el principio de inocencia que favorece a los imputados mientras no se haya dictado sentencia condenatoria.

Ante estas solicitudes de los defensores, la actuación de los Tribunales, hasta esta fecha, no ha sido uniforme. En Punta Arenas y en Talca los jueces de garantía han acogido las peticiones de los defensores penales públicos fundadas en la presunción de inocencia, en que los imputados deben recibir igual protección que los testigos y en que la divulgación atenta contra su honra. En Temuco se han rechazado. En Arica se accedió, recientemente, a la solicitud de la Defensoría, acogiéndose incluso denuncias contra los medios de comunicación por vulnerar el decreto judicial que disponía la reserva.

2. Garantías Constitucionales involucradas.

2.1. Libertad de Opinión y de Información.

El artículo 19 N° 12 de la Constitución Política garantiza la libertad de opinión y la de información. Al respecto el texto constitucional asegura, en su inciso primero:

⁹ Existe un segundo Informe en Derecho sobre la materia, realizado por Miguel Ángel Fernández, el cual será publicado en el próximo Boletín del Ministerio Público.

“La libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”.

La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución definió que entendía por libertad de opinión y libertad de información:

*“En primer término hemos considerado conveniente distinguir la **libertad de opinión** – entendida como la facultad de toda persona para exteriorizar por cualquier medio, sin coacción, lo que piensa o cree – de la **libertad de información** que, como complemento de la primera, tiene por objeto hacer partícipes a los demás ese pensamiento y dar a conocer hechos del acontecer nacional o internacional...”.*

“Por esta razón, el anteproyecto, junto con consagrar la libertad de emitir opinión y la de informar, asegura el derecho de recibir la información en forma veraz, oportuna y objetiva, sobre el acontecer nacional e internacional. Esta garantía, a juicio de la Comisión, comprende el derecho a la importación y comercialización de libros, impresos y revistas, como asimismo a la circulación, remisión y transmisión de escritos y noticias...”¹⁰.

La doctrina ha señalado que esta garantía es, dentro de los derechos esenciales del individuo amparados por la Constitución, **“uno de los principales o de máxima jerarquía, puesto que constituye un verdadero presupuesto o condición normal que posibilita el ejercicio de casi la totalidad de los restantes derechos y el disfrute de las libertades fundamentales reconocidas en cualquiera sociedad que se estime organizada de acuerdo a un régimen democrático”¹¹.**

También tratados internacionales, suscritos por Chile, consagran el derecho a la información. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 19 N° 2 que:

*“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, **recibir y difundir informaciones** e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, o en **forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección**”.*

Luego, en su número 3 agrega:

*“El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente **fijadas por la ley**...”.*

En cuanto a las excepciones al derecho de informar, el profesor y Ministro del Tribunal Constitucional, José Luis Cea E., señala: *“El tema del secreto es relevante en el Derecho, particularmente en nexos con los conflictos que suscita su observancia en comparación con la **libertad de informar, clave en una democracia pluralista participativa, responsable y, para todo ello, desde el principio adecuadamente informada y crítica. En la Constitución hay preceptos que se refieren al secreto,***

¹⁰ Comisión de Estudio de la Nueva Constitución: Proposiciones e ideas precisas (16 de agosto de 1978). Revista Chilena de Derecho VIII, 1981, pág 201.

¹¹ Verdugo, Pfeffer y Nogueira. Derecho Constitucional, Tomo I, pág.261.

*reserva, confidencialidad u otros sustantivos que, si bien no son de significado idéntico, los mencionamos aquí como términos cuyo denominador común es la sustracción, del conocimiento público, de asuntos sensibles por su relevancia, sea individual o colectiva*¹²

Por su parte, la Excma. Corte Suprema ha resuelto que:

*“c) Considerando que el numeral 12 del artículo 19 de la Constitución Política garantiza la libertad de información sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, toda preceptiva que implique limitación a este derecho debe ser interpretada restrictivamente*¹³.

En suma, la Carta Fundamental asegura en el nivel constitucional la libertad de informar la que está reconocida además en tratados internacionales suscritos por el país; las limitaciones de esta libertad deben establecerse por ley y éstas interpretarse restrictivamente. Los delitos y abusos en que se puede incurrir en el ejercicio de la libertad de expresión, deben ser establecidos por ley de quórum calificado.

2.2 Derecho a la Intimidad y a la Honra.

El artículo 19 N° 4 asegura a todas las personas:

“El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia”.

“La infracción a este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley...”.

Los bienes jurídicos protegidos en esta disposición son:

- i) El respeto y protección a la vida privada;
- ii) El respeto y protección a la vida pública, y
- iii) El respeto y protección a la honra de la persona y de su familia.

La I. Corte de Apelaciones de Santiago, en interesante sentencia de 31 de mayo de 1993, definió los conceptos de **vida privada, vida pública y honra** en los siguientes términos: *“Por vida privada se entiende aquella zona que el titular del derecho no quiere que sea conocida por terceros sin su consentimiento; mientras que por vida pública se comprende aquella que llevan los hombres públicos y de la que conocen los terceros, aún sin su consentimiento, siempre que sea de real trascendencia. Por su parte el término honra tiene dos acepciones: a) subjetivo: es el aprecio que cada uno siente por sí mismo, y b) objetivo: que es la reputación o buena fama que los terceros tienen de uno amparando la Constitución este segundo aspecto, pues el primero queda en el fuero interno del sujeto, en cambio, el objetivo*

¹² José Luis Cea E. “El Sistema Constitucional de Chile, Síntesis Crítica”. Pág. 74.

¹³ C. Suprema, 13 junio 1991. R.G.J. N° 132, p. 30.

*forma parte de la convivencia social y ésta es la que regula el derecho toda vez que constituya la proyección de la dignidad del ser humano*¹⁴.

De lo expuesto anteriormente fluye que el **Constituyente ha asegurado a las personas**, por una parte, una amplia libertad de expresión y el derecho de recibir y difundir informaciones, y por otra, ha garantizado también, la vida privada y pública y la honra.

3. Presunción de Inocencia.

Las solicitudes de los defensores penales públicos pidiendo mantener en secreto la identidad de los imputados, a las que han accedido algunos Tribunales de Garantía, se han basado en la **presunción de inocencia** que favorece a los imputados. Conviene considerar, entonces, el alcance de esta presunción.

El derecho de las personas de ser consideradas inocentes de cualquier delito, mientras no se acredite que son culpables, se encuentra reconocido en Chile por Tratados Internacionales suscritos por el país. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de Diciembre de 1966, promulgado por Decreto N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 29 de Abril de 1989, en su Parte II, artículo 14 N° 2 se reconoce que *"toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley."*

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica", en su Artículo 8, sobre Garantías Judiciales, en su número 2, también declara que *"toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad."* Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las diferentes garantías que contempla.

El nuevo Sistema Procesal Penal contiene dentro de sus principios rectores el de la "presunción de inocencia", entendida ésta como una prohibición de considerar culpable a una persona, sin mediar condena. El artículo 4° del Código Procesal Penal, incluido en el Libro Primero que trata de las "Disposiciones Generales", en el Título I sobre "Principios Básicos" establece: ***Presunción de Inocencia del Imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.***

Al tramitarse en el Congreso Nacional el nuevo Código Procesal Penal se analizó esta importante garantía. En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se expresa sobre el particular: *"Por otra parte, cabe a este proyecto hacerse cargo, a la vez, de la **presunción de inocencia del imputado**, considerarla como inocente mientras no haya sido dictada en su contra sentencia condenatoria, consagrada en los dos Pactos Internacionales antes mencionados, y la cautela de los intereses concretos de la víctima del delito, con vistas*

¹⁴ I. Corte de Apelaciones, Rol N° 983-93 de 31 de mayo de 1993, citado en Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, pág. 83, Universidad de Chile del profesor José Luis Cea E. .

a lo cual se imponen obligaciones a los órganos públicos que intervienen y se crean distintos mecanismos para garantizar sus derechos¹⁵.

Por consiguiente el acusador, el que ejerce la acción penal –función confiada por el Constituyente al Ministerio Público- debe asumir la carga de la prueba.

Además, la Carta Fundamental **prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal y exime a toda persona de declarar bajo juramento sobre hecho propio en causa criminal.**

Es menester recordar que el legislador reconoce una serie de derechos al imputado. Todos ellos buscan proteger su dignidad, seguridad y asegurarle un debido proceso. Estas medidas están consagradas en el artículo 93 del Código Procesal Penal. **Entre tales medidas no se contempla el secreto, o reserva de la identidad del imputado.**

4. El Imputado en el Código Procesal Penal.

Las restricciones o prohibiciones de información, solicitadas en diferentes procedimientos por los defensores penales públicos, han tenido como fundamento la presunción de inocencia del “imputado”. Es necesario por consiguiente, considerar quienes son los **imputados** en el nuevo proceso penal.

El artículo 7º del Código Procesal, incluido en los “Principios Básicos” de las “Disposiciones Generales” define la “Calidad de imputado”. Establece este artículo: **“Calidad de Imputado. Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, y este Código, y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.**

“Para este efecto se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.”

Por su parte, el artículo 93 del Código Procesal Penal, establece “los **derechos y garantías del imputado**” que puede hacer valer hasta la terminación del proceso. Señala esta norma **“Derechos y garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes.”** Ninguna de todas ellas se refiere a mantener en secreto o reserva su identidad en el curso del procedimiento.

5. Normas legales que inciden en la materia.

5.1 Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.

¹⁵ Diario de Sesiones del Senado. Sesión 17ª. Anexo de documentos. Martes 4 de Agosto de 1998. Páginas 1669 y 1670.

5.1.1. Historia del establecimiento de la Ley sobre Libertad de Información y Ejercicio del Periodismo.

Los antecedentes de la historia del establecimiento de la Ley N° 19.733 que aprobó recientemente la Ley sobre Libertad de Opinión e Información, son ilustrativos de su sentido.

En el **mensaje**, enviado por el Ejecutivo, se destacó: *“La plena vigencia de las libertades de opinión e información es requisito de la esencia de la democracia...”*.

*“Así, (el proyecto de ley) optando por el sistema de la responsabilidad, ha repudiado rotundamente toda forma de censura previa a la emisión de opiniones e **informaciones**, efectuadas de cualquier forma y por cualquier medio..”*

¹⁶,

Con igual criterio, en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados, se declaró, como principio básico del proyecto en estudio, **la libertad de opinión e información como soporte de la libertad, sin la cual todas las otras libertades se derrumban**¹⁷.

Durante su discusión en el Senado, el entonces Ministro Secretario General de Gobierno, señor José Joaquín Brunner explicó, ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que la iniciativa del Ejecutivo se fundaba en el artículo 19 N° 12, de la Constitución Política, que consagra la libertad de emitir opinión y la de informar, cuyo núcleo consiste en la posibilidad de actuar sin censura previa, y comprende, simultáneamente, **la libertad de buscar, transmitir y recibir información**.

Luego, agregó: *“Todo lo anterior demuestra la trascendencia del proyecto de ley en estudio para el **efectivo ejercicio de una garantía democrática fundamental**. Su inspiración última no puede ser otra que **afirmar la libertad**. Tal es la filosofía que inspira la iniciativa legal y también la posición del Ejecutivo”*¹⁸.

Consta, también, de la historia del establecimiento de esta ley, que en el Mensaje enviado por el Presidente de la República se incluía una norma que facultaba a los Tribunales para **suspender la divulgación de informaciones en juicios penales**. Dicho precepto establecía que *“los tribunales sólo podrán suspender la divulgación de informaciones por cualquier medio de difusión, en juicios penales en estado de sumario, cuando existan antecedentes inequívocos y revestidos de seriedad, de que la divulgación pueda entorpecer gravemente el éxito de la investigación o atentar de alguna forma contra la seguridad del Estado”*¹⁹.

¹⁶ Mensaje enviado por el Ejecutivo a la H. Cámara de Diputado, en Sesión 15 Ordinaria, de 13 de julio de 1993, pág. 1540.

¹⁷ H. Cámara de Diputados, Sesión 6ª Ordinaria de 7 de junio de 1995, pág.17.

¹⁸Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el Proyecto de Ley de la Honorable Cámara de Diputados sobre Libertad de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo. Boletines del Senado, Sesión 42º, 16 de abril de 1997, Anexo de Documentos, pág. 4881.

¹⁹ Mensaje del Ejecutivo. Proyecto de Ley sobre Libertades de Opinión e Información y el Ejercicio del Periodismo. (Boletín N° 1035-07).

En dicha disposición se exigía, además, que la resolución que ordenara dicha suspensión fuera **fundada y motivada**, que rigiera por un **plazo** no superior a cuarenta y cinco días y se **publicara en el Diario Oficial**.

Durante la discusión del proyecto de ley, en el Parlamento, se señaló, por algunos Diputados, que era necesario restringir las facultades de los tribunales en cuanto a suspender la información sobre los procesos judiciales, por el abuso en que habrían incurrido los jueces en el uso de dicha atribución²⁰.

Sobre esta misma materia, en el H. Senado, en el estudio en la Comisión fue propuesta una indicación para autorizar a los Tribunales de Justicia para suspender la *"divulgación de informaciones por cualquier medio de comunicación social, en juicios penales en estado de sumario, cuando existan antecedentes inequívocos y revestidos de seriedad de que la divulgación pueda entorpecer gravemente el éxito de la investigación o atentar contra la seguridad del Estado, o contra la garantía constitucional señalada en el artículo 19, N° 4, inciso primero, de la Constitución Política de la República."* Por mayoría de votos tal indicación no fue aprobada; se dejó constancia en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento que, *"La mayoría de la Comisión reiteró las consideraciones apuntadas en el primer informe, en el sentido de que permitir a los jueces decretar prohibiciones de informar resulta contrario a la libertad de opinión y de información, en los términos que las contempla la Constitución Política, y que las normas que consagran el secreto del sumario son las herramientas adecuadas para resguardar el sigilo de que deben estar revestidas ciertas actuaciones del proceso."*

*"La Comisión, basada en que el sumario es secreto; en que los tribunales deben responsabilizarse de impedir filtraciones, y que, en el hecho, se ha abusado en muchos casos de esa norma, acordó, por mayoría de votos, proponer simplemente su derogación"*²¹.

Durante la discusión del proyecto de ley, en la sala del Senado, el H. Senador Fernández hizo presente que: *"Una prohibición como ésta – la Comisión de Constitución, como dije la eliminé- resulta ineficaz para alcanzar los objetivos que se aducen para justificarla. Además, es incongruente con la transparencia creciente a que aspira la democracia contemporánea. Es incongruente en particular con las tendencias modernas que buscan fortalecer la transparencia de los sistemas judiciales ante la ciudadanía, así como asegurar mejor las garantías del procesado precisamente por la publicidad de los procedimientos."*

"Por otro lado, una norma que permite la ya referida prohibición es de muy discutible constitucionalidad y, en definitiva, resulta anacrónica en el mundo actual, donde los medios de comunicación internacionales pueden brindar a las personas toda la información que, por cualquier motivo, no les entregan los nacionales."

²⁰ Cámara de Diputados. Sesión 6º, 7 de junio de 1995, pág. 25.

²¹ Diario de Sesiones del Senado. Sesión 2ª. Anexo de Documentos. Miércoles 1º de Octubre de 1997. Páginas 300 y 301.

“Entre las razones para prohibir la información se invocan la preservación del orden público, el resguardo de la seguridad nacional y la necesidad de asegurar el éxito de la investigación judicial.

“En cuanto al orden público, por cierto existen disposiciones que atienden específicamente a preservarlo, pero no las relativas a la libertad de prensa....

“La prohibición de informar, no sólo no contribuye en nada a dicho éxito – investigación judicial- sino que priva a la investigación del aporte eventual de información útil y, también, del acicate que conlleva la preocupación pública. Peor aún, dicha prohibición permite que la población pueda relegar al olvido el caso delictivo mismo, favoreciendo con ello la impunidad de los hechos²².

En definitiva, ninguna norma limitativa fue aprobada.

Tanto los rechazos de normas prohibitivas, que fueran propuestas en el Mensaje del Ejecutivo y más tarde por indicación parlamentaria, cuanto los otros antecedentes de la historia del establecimiento de esta ley, antes recordados, son demostrativos de que, tratándose de procesos penales en tramitación, **el criterio del legislador al estudiar y aprobar la ley N° 19.733 fue el de suprimir y terminar con las limitaciones a la libertad de información.** Ello aún, cuando tales restricciones tuvieran fundamentos tan relevantes como los del éxito de la investigación judicial, la protección de la vida privada o pública y la seguridad nacional.

5.1.2. La norma del artículo 33 de la Ley N° 19.733.

El artículo 33° de la Ley N° 19.733, es el que se refiere a las prohibiciones relacionadas con la materia a que se refiere el presente informe, relativas a **no divulgar la identidad de ciertas personas involucradas dentro de un proceso.** Al efecto, dispone textualmente dicho artículo: *“Se prohíbe la divulgación, por cualquier medio de comunicación social, de la identidad de menores de edad que sean autores, cómplices, encubridores o testigos de delitos, o de cualquier otro antecedente que conduzca a ella.*

“Esta prohibición regirá también respecto de las víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Título VII, “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, del Libro II del Código Penal, a menos que consientan expresamente en la divulgación.

“La infracción a este artículo será sancionada con multa de treinta a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales. En caso de reiteración, la multa se elevará al doble.”

El primer inciso de éste artículo –relativo a los menores de edad autores, cómplices o encubridores- venía propuesto en el mensaje enviado por el Ejecutivo al Congreso Nacional. Durante su tramitación, en el Senado, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, incorporó, dentro de los sujetos cuya identidad prohibía divulgar, a los menores que tuviesen la calidad de

²² Senado, Sesión 45°, 6 de mayo de 1997, pág. 5299.

testigos, y a las víctimas, cualquiera fuese su edad, tratándose de los delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública.

También son importantes los antecedentes de la historia del establecimiento de esta norma en particular. El fundamento de las prohibiciones ordenadas y su alcance se encuentran en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

Señala el informe de dicha Comisión que el artículo en estudio *"prohíbe la divulgación, por cualquier medio de comunicación social, de la identidad de menores de dieciocho años de edad que sean autores, cómplices, encubridores o víctimas de delitos, o de cualquier otro antecedente que directa o indirectamente conduzca a ella, y castiga la infracción de esta prohibición con una multa de veinte a cien unidades tributarias mensuales.*

"La Comisión revisó, para los efectos de prohibir la divulgación de informaciones respecto de la identidad de personas que se vean relacionadas en algún delito, tanto la calidad como la edad que ellos pudieran tener.

"En relación con los menores de edad estuvo de acuerdo en mantener la prohibición respecto de los partícipes en delitos, sea como autores, cómplices o encubridores.

"Eliminó, eso sí, la circunstancia que agrega el texto aprobado en el primer trámite constitucional de que la prohibición se extiende en general, a cualquier antecedente que "directa o indirectamente" conduzca a determinar la identidad, por la incertidumbre que añade a la norma, siendo que su alcance está suficientemente expresado en el concepto de "conducir" a esa finalidad.

"Existió consenso, además, en la necesidad de incorporar a quienes tuviesen la calidad de testigos, que actualmente no se contempla, ya que su posible identificación puede afectar de manera importante la comprobación del hecho punible y la determinación de las personas partícipes.

"Por otra parte, se observó que sería positivo que las víctimas menores de 18 años de edad pudieran ser identificadas a través de los medios de comunicación social, ya que ello podría provocar una respuesta social efectiva de reproche al delito en cuestión.

"En este punto, se estimó atendible la sugerencia formulada por el Profesor de Derecho de la Información señor Tomás P. Mac Hale, en orden a incluir en la disposición la prohibición de divulgar la identidad respecto de las víctimas, cualquiera sea su edad, de delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública, que se encuentran tipificados en el Título VII, del Libro II del Código Penal –como violación, abusos deshonestos y estupro- a menos que ellas acepten que se difunda.

"Dejó constancia la Comisión de que, para este efecto, se requerirá de un consentimiento expreso, y no bastará la mera falta de oposición del afectado para que se dé a conocer su identidad por el medio de comunicación social.²³

²³ Diario de Sesiones del Senado. Sesión 4ª. Anexo de documentos. Miércoles 16 de Abril de 1997. Página 4945.

Por consiguiente, de acuerdo con la norma pertinente de la Ley N° 19.733, y los antecedentes fidedignos de la historia de su establecimiento, **sólo está prohibido a los medios de comunicación social** divulgar la identidad de los **menores de edad** que sean **autores, cómplices, encubridores o testigos** de delitos, o de cualquier otro antecedente que conduzca a ella. También les está prohibido divulgar la identidad de las **víctimas** de delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública, esto es, tratándose de los delitos de aborto, abandono de niños y personas desvalidas, raptó, violación, estupro, incesto, corrupción de menores y otros actos deshonestos, de cualquier edad, a menos que las víctimas consientan de manera expresa en la divulgación.

Para establecer estas prohibiciones a los medios de comunicación social, respecto de la **identidad** de las personas relacionadas con algún delito, el legislador tuvo en cuenta tanto la calidad como la edad que ellas pudieran tener. Las prohibiciones, en cada caso, tuvieron una motivación precisa y clara. En ningún caso consideró como fundamento de las mismas, la presunción de inocencia o cualquier otra similar, que fuera común a todos los imputados.

5.2. Código Procesal Penal.

El nuevo Código Procesal Penal, en el Libro I, Título IV, considera una norma sobre secreto o reserva. Su **artículo 92**, incluido en el Párrafo 3° sobre "La Policía" impone prohibición de informar a **Los funcionarios policiales**. Establece que éstos **"no podrán informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de detenidos, imputados, víctimas, testigos, ni de otras personas que se encontraren o pudieren resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible."**

Más adelante igual Código, en la "Etapa de Investigación", en el **artículo 182**, en relación con las **"Actuaciones de la investigación"** establece: **"Secreto de las actuaciones de investigación. Las actuaciones de investigación realizadas por el ministerio público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento.**

"El imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar los registros y los documentos de la investigación fiscal y policial.

"El fiscal podrá disponer que determinada actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto.

"El imputado o cualquier otro interviniente podrá solicitar del juez de garantía que ponga término al secreto o que lo limite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él, o a las personas a quienes afectare.

"Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, no se podrá decretar el secreto sobre la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que

hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en las que participare el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor.

“Los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieran conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas.”

Asimismo, el artículo 289, incluido en el Libro II, sobre Procedimiento Administrativo, en el Título III, del “Juicio Ordinario”, en su párrafo 2º, sobre “Principios del Juicio Oral” prescribe: **“Publicidad de la audiencia del juicio oral. La audiencia del juicio oral será pública, pero el tribunal podrá disponer, a petición de parte y por resolución fundada, una o más de las siguientes medidas, cuando considere que ellas resultan necesarias para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley:**

“a) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectuare la audiencia;

“b) Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas, y

“c) Prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y a sus abogados que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio.

“Los medios de comunicación social podrán fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia que el tribunal determinare, salvo que las partes se opusieren a ello. Si sólo alguno de los intervinientes se opusiere, el tribunal resolverá.”

Finalmente, los artículos 307 y 308 del Código Procesal Penal, también comprendidos en el Libro II, Título III, sobre el “Juicio Oral” en el párrafo relativo a los testigos, establece: **“Artículo 307. Individualización del testigo. La declaración del testigo comenzará por el señalamiento de los antecedentes relativos a su persona, en especial sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio, todo ello sin perjuicio de las excepciones contenidas en leyes especiales.**

“Si existiere motivo para temer que la indicación pública de su domicilio pudiere implicar peligro para el testigo u otra persona, el presidente de la sala o el juez, en su caso, podrá autorizar al testigo a no responder a dicha pregunta durante la audiencia.

“Si el testigo hiciera uso del derecho previsto en el inciso precedente, quedará prohibida la divulgación, en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que condujeran a ella. El tribunal deberá decretar esta prohibición. La infracción a esta norma será sancionada con la pena que establece el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, tratándose de quien proporcionare la información. En caso que la información fuere difundida por algún

medio de comunicación social, además se impondrá a su director una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos mensuales". El artículo 308, incluido en el mismo Libro, Título y Párrafo trata sobre la protección a los testigos. Dispone esta norma que *"El tribunal, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario.*

"De igual forma, el ministerio público, de oficio o a petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección."

De las normas transcritas del Código Procesal Penal puede concluirse que cada una de las limitaciones o prohibiciones de publicidad tiene su fundamento en la propia norma que la estatuye. En todo caso, cada una de ellas entrega al Tribunal la ponderación de las circunstancias de hecho que ameritan en el caso particular de que se trata ordenar las medidas de excepción que autorizan.

Ninguna de tales normas permite arribar a la conclusión que ellas autorizan a los Tribunales para disponer restricciones de información a los medios de comunicación sobre la base de conceptos genéricos o que sean comunes a todos los juicios criminales.

5.3. Ley N° 18.314 sobre Conductas Terroristas.

El artículo 16 de la ley N° 18.314, sobre "conductas terroristas" modificada por la ley N° 19.806, adecuatoria del Nuevo Proceso Penal, establece que *"El tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, podrá decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio.*

"La infracción de estas prohibiciones serán sancionada con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo, tratándose de quien proporcionare la información. En caso de que la información fuere difundida por algún medio de comunicación social, se impondrá a su director, además, una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos.

5.4. Ley N° 19.366, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

La Ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Ley N° 19.366, modificada por la Ley N° 19.806, incorpora, a continuación del artículo 33, los siguientes nuevos artículos:

"Artículo 33 A. Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en el Código Procesal Penal si en la etapa de investigación el Ministerio Público estimare, por la circunstancias del caso, que existe un riesgo cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, de un informante o de un agente encubierto y, en general, de quienes hayan colaborado eficazmente el procedimiento, como asimismo de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos u otras personas a quienes se hallaren ligado con relaciones

de afecto, *dispondrá, de oficio o a petición de parte las medidas especiales de protección que resulten adecuadas.*

“Para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, el fiscal podrá aplicar todas o algunas de las siguientes medidas:

a) *que no conste en los registros de las diligencias que se practiquen sus nombres, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiendo utilizar una clave u otro mecanismo de verificación para esos efectos;*

b) *que su domicilio sea fijado para notificaciones y citaciones, en la sede de la fiscalía o del tribunal debiendo el órgano interviniente hacerlas llegar reservadamente a su destinatario, y*

c) *que las diligencias que tengan lugar durante el curso de la investigación, a las cuales deba comparecer el testigo o perito protegido, se realicen en un lugar distinto de aquél donde funciona la fiscalía y de cuya ubicación no se dejará constancia en el registro respectivo.*

Cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de garantía la revisión de las medidas resueltas por el Ministerio Público.

“Artículo 33 B. *El tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de las personas a que se refiere el artículo anterior o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, podrá decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio.*

“La infracción de estas prohibiciones serán sancionadas con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo, tratándose de quien proporcionare la información. En caso de que la información fuere difundida por algún medio de comunicación social, se impondrá a su director, además, una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos.”

Tanto en los casos excepcionales de los delitos terroristas como en los de tráfico ilícito de estupefacientes los fundamentos y el alcance de las normas restrictivas, antes transcritas, son claros.

En ambas situaciones se sancionan las contravenciones cometidas por los medios de comunicación social.

6. Sobre la publicidad de los actos de la Administración de Justicia y en especial los del proceso penal.

6.1. La publicidad de los actos de la Administración de Justicia.

El principio rector, tanto de los procesos civiles como de los penales, es el de la **publicidad**. Lo anterior, sin perjuicio de la existencia de normas de excepción que establecen, en ciertos casos, el secreto o confidencialidad, en ciertos casos sobre la base de intereses superiores.

La norma fundamental en esta materia está contenida en el artículo 9º del Código Orgánico de Tribunales.

Así se reconoció en sentencia recaída en recurso de protección, Rol 1211-01, interpuesto en contra de la Corporación de Administración del Poder Judicial, basado en que se habría dado información en forma ilegal y arbitraria de datos sensibles relativos a una demanda interpuesta de conformidad con las normas contenidas en la Ley N° 19.585, a través de su página web, hecho que a juicio de la recurrente, habría transgredido la garantía establecida en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política.

En la tramitación de esta acción de protección el entonces Presidente de la Excm. Corte Suprema, y del H. Consejo Superior de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, Ministro señor Hernán Álvarez García, informando al tenor del recurso deducido expresó: *"que el artículo 9° del Código Orgánico de Tribunales señala que los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley, consagrando así una de las bases fundamentales de la Administración de Justicia, esto es, su publicidad. Una de esas excepciones, es la que contempla el artículo 197 del Código Civil en materia de acción de filiación, al establecer que el proceso tendrá carácter de secreto, hasta que se dicte sentencia de término, y que sólo tendrán acceso a él las partes y sus apoderados judiciales. Por consiguiente, que al igual que el sumario criminal, ello significa que el detalle de estos procesos, es decir, el contenido de sus actuaciones, resoluciones o diligencias, no podrá ser de público conocimiento, teniendo el carácter de secreto. Sin embargo, añade, jamás podrá tener ese carácter la existencia de la causa respectiva. Prueba de ello, son los libros de ingresos de causas de los tribunales de Justicia, los cuales pueden ser consultados por cualquier individuo, y tomar conocimiento de la existencia de esta clase de juicios, pudiendo conocer el nombre de las partes, la materia y del rol de la causa"*²⁴.

Incluso, en **materia civil** existen normas vinculadas con la publicidad de la **tramitación del respectivo proceso**.²⁵

Entre ellas, el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil, que exceptúa de la agregación material en el proceso de aquellas piezas que por motivos fundados mande el juez dejar fuera del expediente. Tales como fotografías u otros que puedan comprometer a una de las partes del proceso. En igual sentido, el artículo 349 del mismo Código que excluye de la exhibición de documentos cuando ellos tienen el carácter de secretos o confidenciales. También el artículo 197 del Código Civil dispone que el proceso en que se investiga la filiación no matrimonial tiene **carácter secreto** hasta la dictación de la sentencia de término, teniendo acceso a él sólo las partes y sus apoderados judiciales.

²⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCVIII (2001), N° 2, Sección 5. Confirmada por la Excm. Corte Suprema.

²⁵ Eduardo Meins Olivares, Ministro de la I. Corte de Apelaciones de Talca, 2000; "Derecho a la Intimidad y a la Honra en Chile". Ius Et Praxis, Universidad de Talca, Año 6, N° 1.

En suma, de lo expuesto en cuanto a la publicidad de los actos judiciales es posible concluir que la regla general es que todas las actuaciones judiciales sean públicas, salvo los casos en que la ley en forma excepcional disponga que ciertas actuaciones sean secretas, reservadas o confidenciales.

Tales normas deben ser interpretadas restrictivamente y aplicarse únicamente en las situaciones que la misma ley establece.

6.2. La publicidad en el nuevo proceso penal.

Uno de los principios del nuevo proceso penal es el de la publicidad.

Esta publicidad permite una especie de control social sobre la actuación de los tribunales, del Ministerio Público y de la defensa, particularmente cuando ésta última es de carácter público. Así, la acusación, la defensa, las pruebas y la sentencia deben ser públicas. Conocidas y presentadas ante el público, directa e inmediatamente. Pero, además, la publicidad también permite a la sociedad conocer y apreciar los valores resguardados por los Tribunales.

Así lo destacó el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado que sobre el particular expresa *"si se tiene en cuenta que, tanto el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, como el Pacto de San José de Costa Rica exigen que el proceso penal sea público, salvo calificaciones excepciones, el juicio oral aparece estrechamente vinculado con la garantía de un racional y justo procedimiento que contempla nuestra Constitución Política.*

"Además de constituir una garantía, este mecanismo tiene la virtud de que la administración de justicia cumpla con su función de resolver conflictos de un modo que sea percibido como legítimo por la comunidad, aumentando su confianza en el sistema jurídico. El enjuiciamiento público permite socializar más directamente el mensaje de que existe una respuesta estatal frente a los actos que la sociedad considera merecedores de reproche penal."

Tal publicidad es también la mejor garantía para el imputado de que tendrá un juicio justo. Sólo con publicidad podría garantizarse un debido proceso.

Tratándose del nuevo Procedimiento Penal, la Excma. Corte Suprema consideró oportuno impartir instrucciones a los Tribunales integrantes del nuevo sistema.

En acuerdo del Tribunal Pleno, de 10 de enero de 2001, la Excma. Corte Suprema instruyó a todos los Tribunales sobre la publicidad en los siguientes términos: *"Las actuaciones que se realizan ante el Juzgado de Garantía, por la naturaleza del nuevo sistema procesal penal, son públicas (artículo 1º, del Código Procesal Penal; Artículo 8 N° 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), sin perjuicio que el Tribunal pueda disponer, a petición del fiscal o de otro interviniente, su reserva, lo que sólo corresponderá acoger cuando la gravedad de los antecedentes o sus circunstancias lo hagan aconsejable".*

Tratándose del nuevo proceso penal el principio es el de la publicidad, salvo los casos de excepción que la ley establece.

Respecto de la investigación, tal como lo ha instruido la Excma. Corte Suprema, en Enero de 2001, las **actuaciones que se realizan ante los Juzgados de Garantía** son públicas y sólo es posible ordenar su reserva cuando la gravedad de los antecedentes lo ameriten o **existan circunstancias especiales que lo aconsejen**.

7. **Recurso de Protección.**

Se ha consultado, también, si sería procedente interponer una acción constitucional de protección en los casos en que una **resolución judicial** acoja la solicitud de la defensa de un imputado y disponga el secreto o reserva sobre la identidad de dicho imputado, fuera de los casos de excepción en que las leyes lo autorizan.

El recurso de protección, o acción de amparo constitucional, tiene su origen en el Acta Constitucional N° 3, de 1976. Luego, se contempló en el artículo 20 de la Carta Fundamental, de 1980 en los siguientes términos: *"El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números....., 12.º, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes..."*.

Este recurso, así concebido por el constituyente, es uno de los más importantes y eficaces mecanismos de protección de los derechos de las personas.

Su eficacia se debe a que se trata de un procedimiento sumario, sin formalidades, lo que lo hace ágil y efectivo como medio de amparo de las garantías protegidas, pues permite reponer de inmediato al individuo afectado los derechos de que ha sido privado.

Para que sea procedente interponer una acción constitucional de protección se requiere que **una persona** haya sufrido privación, perturbación o amenaza del legítimo ejercicio de los derechos y garantías protegidos constitucionalmente, por un acto arbitrario o ilegal.

De lo expuesto surge cuáles son los requisitos de procedencia de la acción cautelar de protección.

Analizaremos, en consecuencia, cada una de estas condiciones para determinar si sería procedente la interposición de esta acción cautelar.

7.1. **El recurrente. La persona agraviada.**

El artículo 20 de la Constitución Política señala: "El que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales...". Esta expresión hace referencia al titular de la acción.

Se ha discutido sobre la amplitud que quiso dar el Constituyente respecto al legitimado para interponer la acción de protección. En las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución quedó establecido "El que....se refiere

a cualquier persona natural o jurídica.”²⁶. Sin embargo, en la misma sesión se dejó constancia de que “nadie puede reclamar un derecho genéricamente, por simple amor al mismo, sino que tiene que sufrir un menoscabo o una amenaza alguna persona determinada.”²⁷.

La Jurisprudencia ha resuelto que la acción de **protección no puede tomarse como una acción pública o popular**. La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 27 de agosto de 1982, confirmada por la Excm. Corte Suprema, declaró que *“el recurso puede ser deducido por cualquiera a nombre del afectado; pero resulta indiscutible que el que así lo hace deberá expresar en forma precisa y determinada a nombre de quien o quienes antepone el recurso, no pareciendo lícito que pueda aceptarse esta especie de “acción popular”...”*²⁸

También se ha exigido un **interés directo** en el sujeto activo que interpone el recurso. La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 16 de diciembre de 1981, confirmada por la Excm. Corte Suprema, concluyó *“Que la expresión “El que” utilizada por el Constituyente en el artículo 20 de la Carta Fundamental, significa que para que sea conducente el ejercicio de la acción de protección es indispensable, además, que quien la utiliza tenga derecho a ella mediante un interés personal concreto actualmente comprometido en forma que la restauración de ese derecho resulte posible y efectiva”*²⁹.

En consecuencia, se requiere la calidad de agraviado directo para interponer la acción de protección.

Las **asociaciones gremiales** tienen legitimación para interponer la acción de protección tratándose de garantías afectadas de sus asociados. Estas entidades tienen como objetivo promover el desarrollo y protección de las actividades comunes de los asociados y por consiguiente de los intereses de sus miembros. Los Tribunales Superiores de Justicia así lo han reconocido y numerosos fallos ilustran este reconocimiento.³⁰

En suma, el sujeto legitimado para entablar un recurso de protección es **cualquier persona natural o jurídica**, que tenga un legítimo interés o un tercero en su nombre, quien deberá señalar por quien recurre. El recurso de protección **no es una acción popular**. Las **asociaciones gremiales** quedan incluidas entre los sujetos legitimados para interponer recurso de protección.

²⁶ Sesión N° 215.

²⁷ Idem.

²⁸ RD y J, Tomo LXXIX, Parte II, sección V, pág. 224.

²⁹ RD y J, Tomo LXXVIII, Parte II, Sección V, pág.311.

³⁰ Recurso de protección interpuesto por la Cámara de la Industria Farmacéutica contra Ministro de Salud; Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de agosto de 1996, Rol N° 2056-96, confirmada por la Corte Suprema Rol N° 3126-96. Recurso de Protección interpuesto por Faenadoras de Carne de Chile AG contra Ministra de Salud; Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 2644-2000. Recurso de Protección interpuesto por Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G, contra Director del Servicio de Salud Metropolitano de Ambiente; Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de junio de 1999, confirmada por la Corte Suprema el 12 de julio de 1999.

7.2. Acción u omisión.

La acción implica un **hecho positivo, una actividad**, un hacer algo que amenace, perturbe o prive a alguien el legítimo ejercicio de alguno de los derechos enumerados en el artículo. El profesor Soto Kloss sostiene que " esta actividad puede ser tanto física como jurídica. De esta manera, es acción una actividad material o física, como también una decisión, sea jurídica o administrativa, como decretos, resoluciones..."³¹.

7.2.1. El acto arbitrario o ilegal.

El acto arbitrario o ilegal que da origen a una acción de protección puede ser de un particular o de una autoridad. Consta que cuando se estudió la nueva Constitución quiso darse amplitud a la norma y de eso quedó constancia en las actas de la Comisión de Estudio. Su Presidente, señor Enrique Ortúzar E., manifestó que le parecía *"conveniente que la disposición sea amplia y no sólo comprenda los actos u omisiones arbitrarios de la autoridad política o administrativa, sino de cualquiera, como expresa el proyecto. Y al decir cualquiera, entiende que comprende no sólo a los particulares sino que incluso podría comprender el día de mañana al Congreso.....Del mismo modo, un juez que sin que se haya incoado un proceso, donde naturalmente pueden tener lugar los recursos que la ley establece, lisa y llanamente atente contra el derecho de propiedad dictando una resolución abusiva..."*³².

7.2.2. Sobre la procedencia del recurso de protección respecto de resoluciones judiciales, existe numerosa jurisprudencia tanto admitiendo cuanto rechazando tal opción.

i) Jurisprudencia que reconoce la procedencia del recurso de protección.

Tratándose de **terceros ajenos al proceso** la jurisprudencia las ha reconocido legitimación activa. La Excm. Corte Suprema, en sentencia de 19 de enero de 1989, declaró que *"una resolución judicial manifiestamente ilegal por exceder la atribución normativa que le habilita para actuar y que afecta, con ello derechos de terceros protegidos por el artículo 20 de la Constitución, hace procedente la interposición del recurso de protección"*³³.

El mismo tribunal, en sentencia de 28 de mayo de 1996, dispuso *"que no obstante que el acto recurrido sea una resolución judicial, el recurso deducido en autos es la vía idónea para conseguir la protección por parte del interesado de los derechos conculcados a raíz de un actuación ilegal o arbitraria, puesto que ni el texto ni la historia fidedigna del establecimiento del aludido recurso autorizan para sostener que la procedencia de este libelo consagrado en la Constitución Política de la República pueda hallarse supeditado o subordinado a la existencia de otras acciones o recursos*

³¹ Eduardo Soto Kloss. "El Recurso de Protección, Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia". Editorial Jurídica, 1982, pág.84.

³² Sesión 214, de 25 de mayo de 1976, pág. 6.

³³ RD y J, Tomo LXXXVI, (Enero- Abril 1989), Sección V.

*que pueda hacer uso el afectado, por consiguiente, no cabe sino concluir que no existe impedimento alguno para que el interesado pueda recurrir de protección*³⁴.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en sentencia de 12 de febrero de 1999, acogió un recurso de protección, y ordenó dejar sin efecto una resolución judicial, dictada por el Juez de Letras de Maullín, que ordenaba el lanzamiento de **personas ajenas al juicio**.³⁵

Tratándose de una persona afectada por una resolución judicial y **que tenía la calidad de parte** en los mismos autos, la Excma. Corte Suprema **acogió un recurso de protección**. En efecto, en fallo de 8 de enero de 2002, la Excma. Corte Suprema, revocando la decisión de la Corte de Apelaciones de La Serena, que había rechazado un recurso de protección contra una resolución de un Juez Tributario estimó que el acto recurrido **"hace procedente el recurso de protección** sin necesidad de entrar a considerar si la resolución es de aquellas susceptibles de recurrirse de apelación por aplicación de las normas generales...".³⁶

ii) Jurisprudencia que rechaza la interposición de la acción cautelar de protección contra resoluciones judiciales.

Tratándose de la interposición del recurso cuando es una de las partes del proceso quien lo interpone, la jurisprudencia se ha pronunciado, mayoritariamente, en forma negativa, sin embargo, se han formulado consideraciones que son destacables.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en sentencia de 10 de junio de 1986 declaró *"Que, aún cuando el recurso se entendiere presentado dentro del plazo, cabe hacer presente que recae sobre un asunto sometido al conocimiento del tribunal y si bien a priori no se puede decir que el recurso de protección no pueda deducirse en relación a un hecho inserto en un proceso, ello sólo puede excepcionalmente aceptarse cuando hay una flagrante infracción que repugne a las normas legales vigentes; ya sea en cuanto a normas sustantivas como adjetivas"*³⁷.

La Excma. Corte Suprema, en fallo de 17 de octubre de 1991, rechazó la interposición de un recurso de protección contra la resolución dictada por el Juez del 5º Juzgado del Crimen de Santiago, que ordenaba diferentes medidas cautelares dentro de un proceso penal. Expresó la Excma. Corte que: *"el recurso de protección no ha sido establecido para resolver juicios que se encuentran sometidos al conocimiento del tribunal que corresponde de acuerdo a la ley, por ende, tampoco puede reemplazar los recursos ordinarios o extraordinarios que las normas legales instituyen"*. Sin embargo, no obstante esta consideración, la Corte, de oficio, dejó sin efecto las medidas dictadas por el Juez del Crimen.³⁸

³⁴ RD y J, Tomo XCIII (1996), Nº3, Sección V.

³⁵ RD y J, Tomo XCVI, (Mayo-Agosto 1999), Sección V.

³⁶ RD y J, Tomo XCIX, (Enero-Marzo 2002), Sección V.

³⁷ RD y J, Tomo LXXXIII, (Mayo- Agosto 1986), Sección V.

³⁸ RD y J, Tomo LXXXVIII, (Septiembre- Diciembre 1991), Sección V.

Con posterioridad, en sentencia de 21 de octubre de 1997, la Excm. Corte Suprema rechazó la interposición de un recurso de protección contra una resolución dictada por el Primer Juzgado de Arica, expresando que ***"es un principio general en esta materia, que el recurso de protección en su carácter de acción cautelar, es improcedente en contra de los actos ejecutados por un Magistrado en el ejercicio de su función jurisdiccional, ya que las partes cuentan con el respaldo y garantía proveniente de los resortes que otorga el proceso, vale decir, medios judiciales de diversos grados como el de apelación o queja."***³⁹

En el mismo sentido se pronunció la Excm. Corte en sentencia de 12 de marzo de 2002, al señalar que *"no obstante la primacía que debe reconocerse al recurso constitucional intentado por los afectados, no es menos cierto que el mismo tiende a la adopción de medidas de urgencia ante una acción ilegal o arbitraria que perturbe, prive o amenace el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales, que por su intermedio, protege el constituyente"*.

"Que, como se advierte, la acción que se supone ilegal o arbitraria es una resolución dictada en el marco de un proceso tramitado ante un Tribunal de Justicia, de manera que la situación discutida se encuentra sometida al imperio del derecho, pudiendo, por ende, los recurrentes comparecer en la causa respectiva y ejercer los derechos que estiman les asistan".⁴⁰

La doctrina, por su parte, ha reconocido la procedencia de la interposición del recurso de protección contra resoluciones judiciales, ilegales o arbitrarias, sin perjuicio de la existencia de recursos jurisdiccionales ordinarios establecidos dentro de un proceso. En este sentido, el profesor señor Waldo Ortúzar Latapiat, señaló que *"si bien es cierto que el recurso de protección no ha sido creado para impugnar resoluciones judiciales y que los procedimientos establecen recursos determinados para obtener su revisión jurisdiccional, no lo es menos que el artículo 20 de la Constitución no limita su interposición en este aspecto y en el hecho pueden darse situaciones de ilegalidad y arbitrariedad en un proceso...."*⁴¹.

Con anterioridad el profesor señor Waldo Ortúzar había dado su opinión favorable sobre este tema concluyendo que *"El recurso de protección contra resoluciones judiciales es procedente de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República, cuyo sentido es claro, pues no distingue acerca de las personas u órganos que ejecuten los actos u omisiones arbitrarias o ilegales"*⁴².

El profesor Eduardo Soto Kloss, analizando la jurisprudencia de los Tribunales, respecto de la procedencia del recurso de protección contra resoluciones judiciales, concluye que *"A partir de los años 83/84 adelante, la Corte Suprema muy sensatamente comprendió la realidad y, han sido numerosos los casos en que se*

³⁹ RD y J, Tomo XCIV, (Septiembre-Diciembre 1997), Sección V.

⁴⁰ RD y J Tomo XCIX, (Enero-Marzo 2002), Sección V.

⁴¹ Informe Constitucional N° 1.256, de 23 de abril de 1996.

⁴² Waldo Ortúzar Latapiat. "El Recurso de Protección y las Resoluciones judiciales". Charla dictada en el Colegio de Abogados de Chile, el 20 de octubre de 1994, pág.8.

admitió la protección frente a agravios de los jueces, e incluso de Corte de Apelaciones. Sin embargo los años 1999 y 2000 nos muestran una restricción marcada, lo que lleva en ocasiones a rechazar la protección, pero luego, a actuar de oficio revocando la resolución judicial impugnada en protección, y así, de este modo excepcional, enmendar el desaguisado notorio cometido por un magistrado.⁴³

En conclusión, tratándose de resoluciones judiciales la jurisprudencia ha reconocido la legitimación activa de los **terceros ajenos al juicio en que se ha dictado la resolución y que se encuentran afectados por dicho acto ilegal o arbitrario**. En relación con las partes del juicio en que han recaído las resoluciones ilegales o arbitrarias no hay jurisprudencia uniforme; si bien, en general, se ha rechazado la procedencia de estos recursos atendido que existen medios legales pertinentes para enmendar o revocar dichos actos, dentro del mismo proceso, en algunas situaciones destacables se han acogido recursos y, en otros, se han enmendado de oficio las resoluciones denunciadas.

7.2. Ilegalidad o Arbitrariedad.

El acto que dar origen al recurso de protección debe ser ilegal o arbitrario.

El acto ilegal es aquel que no se ajusta a la ley, que la transgrede, la contraviene o simplemente deja de aplicarla.

En el concepto de "**arbitrariedad**" es necesario detenerse para desentrañar su exacto sentido. El vocablo no se encuentra definido ni en la Constitución ni en la ley, sin embargo, está incorporado en diversas normas constitucionales vigentes la prohibición del actuar arbitrario.

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española define el término "arbitrariedad" como "acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o capricho".

Ha estimado la jurisprudencia que existe una actuación arbitraria cuando la decisión no se funda en la **razón**, en la **justicia**⁴⁴ o no atiende al **bien común** en aquellos casos en que es realizada por el legislador o una autoridad pública⁴⁵ y también cuando resulta contraria a la **ética elemental** o no tiene **justificación racional**⁴⁶.

Igualmente, se incurre en discriminación arbitraria si se realizan distinciones inspiradas en **propósitos hostiles** contra determinada clase o personas⁴⁷, cuando se beneficia a algunos y se perjudica a otros que se encuentran en iguales circunstancias, diferenciando injustificadamente, sin **miras a la consecución de un bien superior**.

⁴³ Eduardo Soto Kloss "EL Recurso de Protección", en "20 años de la Constitución Chilena 1981-2001", Universidad Finis Terrae, pág. 423.

⁴⁴ C.S, 20 de Abril de 1994, R.G.J., Nº 166. Pág. 65.

⁴⁵ *Los Tributos frente a la Constitución*. Enrique Evans de la Cuadra, Eugenio Evans Espiñeira. Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, 1997. Pág.74

⁴⁶ R D. y J., Tomo LXXXV, Sec. V, pág. 97.

⁴⁷ *Derecho Constitucional, Tomo I*. Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga, Humberto Nogueira Alcalá. Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, 1997. Pág. 215-216.

8. Procedencia del recurso de protección por el Ministerio Público y por los medios de comunicación.

De acuerdo con el análisis efectuado en el número 7, precedente, se requiere la concurrencia de diversas condiciones para que sea procedente interponer la acción constitucional de protección. Para determinar, entonces, esta posibilidad en el caso consultado es necesario analizar el tema respecto de cada una de las exigencias constitucionales.

8.1. El Ministerio Público como agraviado.

La calidad de recurrente del **Ministerio Público** plantea la primera interrogante pues, según se señaló, se requiere la calidad de **agraviado directo** por el acto que la conculca, en la garantía protegida.

A juicio de esta informante, el Ministerio Público reviste la calidad de agraviado directo tratándose de resoluciones judiciales que prohíban a los Fiscales informar a los medios de comunicación, en los casos en que la competencia para decidir sobre el secreto o reserva haya sido asignada al Ministerio Público por el legislador. Así ocurre tratándose del artículo 182 del Código Procesal Penal porque, en las hipótesis que contempla, la decisión sobre la publicidad o secreto le está confiada a él, directamente, **por la ley**.

No habría inconveniente en considerar procedente el recurso, no obstante tratarse de una **resolución judicial**, siempre que ésta sea inapelable. En este caso, a juicio de esta informante, se presentaría la situación excepcional que ha reconocido la jurisprudencia.

De acuerdo con lo antes expuesto, en las situaciones señaladas en el artículo 182 y en todos los casos en que la ley disponga que compete al Ministerio Público resolver sobre el secreto o reserva, se afecte la garantía del artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental y se desconozca por un Tribunal de Garantía tal competencia, el Ministerio Público podría interponer una acción de protección.

La ilegalidad de la resolución judicial, por la que podría recurrir el Ministerio Público, debe ser "flagrante infracción que repugne a las normas legales vigentes", como ha dicho la jurisprudencia citada anteriormente. Tal ilegalidad se advierte en los casos consultados que han considerado la "presunción de inocencia", común a todos los imputados, como causal especial, en un caso determinado, que amerita decretar el secreto o la reserva. Sin perjuicio de su **ilegalidad** por desconocer la competencia del Ministerio Público para resolver sobre el secreto.

En todo caso, tal resolución judicial revestiría el carácter de arbitraria pues además de apartarse del texto de la ley y del criterio del legislador no respeta el derecho de las personas a ser informadas y de los medios de prensa a informar.

Según lo expuesto, en las situaciones de excepción antes analizadas el Ministerio Público se encuentra habilitado para interponer una acción de protección.

8.2. Procedencia del recurso de protección por algún medio de comunicación.

A la luz de la jurisprudencia reseñada en el número 7.2.2., precedente, puede concluirse que los medios de prensa afectados por resoluciones judiciales dictadas en la etapa de investigación de los procesos penales y tratándose de casos no considerados en normas de excepción, pueden entablar una acción constitucional de protección, ante la I. Corte de Apelaciones respectiva.

Las referidas acciones pueden ser entabladas, también, por cualquier asociación gremial a que pertenezca el medio de comunicación afectado.

En ambas situaciones deben cumplirse, además, todos los requisitos procesales propios del recurso de protección, entre los cuales se encuentra el plazo para interponerlo.

9. CONCLUSIONES.

Sobre la base de los antecedentes y consideraciones expuestas cumpro con informar lo siguiente:

A. La Carta Fundamental y los tratados internacionales suscritos por el país aseguran a las personas la libertad de informar; las limitaciones de esta libertad deben establecerse por ley y éstas interpretarse restrictivamente. Los delitos y abusos en que se puede incurrir en el ejercicio de la libertad de expresión, deben ser establecidos por ley de quórum calificado.

B. La historia del establecimiento de la ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, demuestra que tratándose de procesos penales en tramitación el criterio del legislador fue el **de suprimir y terminar con las limitaciones a la libertad de información.**

C. Los tratados internacionales y el nuevo Sistema Procesal Penal consagran la "presunción de inocencia", entendida ésta como una prohibición de considerar culpable a una persona, sin mediar condena.

Es imputado la persona a quien se atribuye participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.

El legislador reconoce una serie de derechos al imputado que buscan proteger su dignidad, seguridad y asegurarle un debido proceso. Entre tales medidas **no se contempla el secreto, o reserva de la identidad del imputado.**

D. De acuerdo con de la Ley N° 19.733, sólo está prohibido a los medios de comunicación social divulgar la identidad de los menores de edad que sean autores, cómplices, encubridores o testigos de delitos, o de cualquier otro antecedente que conduzca a ella. También les está prohibido divulgar la identidad de las víctimas de cualquier edad, tratándose de los delitos de aborto, abandono de niños y personas desvalidas, crímenes y simple delito contra el estado civil de las personas, del rapto, de la violación, del estupro, incesto, corrupción de menores, y otros actos deshonestos.

Las limitaciones o prohibiciones de publicidad establecidas en el Código Procesal Penal o en otras leyes tienen su fundamento en las propias normas que las estatuyen.

Cada una de ellas entrega **al Tribunal o al Ministerio Público** la ponderación de las circunstancias de hecho que ameritan ordenar las medidas de excepción que autorizan, en cada caso particular.

E. Para interponer una acción constitucional de protección debe existir una acción ilegal o arbitraria que afecte una garantía constitucional protegida.

El recurrente, persona natural o jurídica, debe ser el agraviado directo en sus garantías protegidas por el acto u omisión ilegal o arbitrario. Las asociaciones gremiales tienen legitimación para interponer la acción de protección cuando los agraviados son sus asociados.

Tratándose de **resoluciones judiciales** la jurisprudencia ha distinguido si se trata de las partes del juicio o de terceros ajenos a él.

Respecto de las partes la jurisprudencia ha sido restrictiva pues ha estimado que este recurso "no puede ser empleado, como un simple arbitrio procesal más para impugnar resoluciones dictadas dentro de un proceso que discurre por vías legales". Sin embargo, la Excm. Corte Suprema ha reconocido su procedencia en fallo de 8 de enero de 2002, donde estimó que el acto recurrido "hace procedente el recurso de protección sin necesidad de entrar a considerar si la resolución es de aquéllas susceptibles de recurrirse de apelación por aplicación de las normas generales.

Tratándose de terceros, ajenos al juicio, la jurisprudencia ha reconocido su derecho a ocurrir de protección tratándose de **transgresiones graves**, que por su ilegalidad o arbitrariedad lo ameriten.

F. De acuerdo con la jurisprudencia, el Ministerio Público podría interponer una acción cautelar de protección en los casos en que un Tribunal de Garantía desconozca la facultad exclusiva de los Fiscales para resolver acerca del secreto de las actuaciones y dicha resolución no sea susceptible de recurso alguno en el proceso.

H. Los medios de comunicación social en los casos que se les prohíba por resolución judicial revelar la identidad del imputado, tratándose de situaciones no consideradas en la ley, pueden entablar una acción constitucional de protección, ante la I. Corte de Apelaciones respectiva.

Las Asociaciones Gremiales de medios de comunicaciones también se encuentran habilitadas para interponerlas.

Es cuanto puedo informar al tenor de lo solicitado.

Olga Feliú de Ortúzar

Santiago, 28 de noviembre de 2003.

The page features a minimalist design with several overlapping, semi-transparent grey shapes. A prominent dark grey horizontal bar is positioned across the middle, containing the Roman numeral 'IV'. Below this bar, the text 'Oficios e Instrucciones' is displayed in a bold, black, serif font. The overall composition is clean and modern.

IV

**Oficios e
Instrucciones**

OFICIO FN. N° 551 /

ANT. : Instructivos Generales N° 10, N° 15 , N° 23, N° 29, N° 34, N° 35 y N° 36 del 2000, N° 42, N° 57 , N° 61 del 2001; oficios N° 163 del 12.04.02 y N° 148 del 27.03.03 y N° 404 del 21.08.03.

MAT.: 1. Conceptos generales sobre delitos funcionarios.
2. Comunicación al Consejo de Defensa del Estado.
3. Aplicación del principio de oportunidad y de medidas alternativas en la investigación de los delitos que afectan al patrimonio fiscal y en los imputados a empleados públicos en el desempeño de sus cargos o con ocasión de ellos.

SANTIAGO, noviembre 13 de 2003

DE : FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO

A : FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAIS

Corresponde al Fiscal Nacional, oyendo al Consejo General, fijar los criterios de actuación del Ministerio Público para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y en las leyes y crear unidades especializadas sobre la investigación de determinados delitos.

Ha sido preocupación de este Fiscal Nacional estar atento a dictar las instrucciones generales estimadas necesarias respecto a la persecución de los delitos que atenten contra de la probidad funcionaria; de los que afecten el patrimonio fiscal o de los órganos estatales con patrimonio propio; y de los cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones.

Se trata de los delitos tipificados en el Capítulo V del Libro II del Código Penal, y en otras disposiciones de ese Código, así como en leyes especiales, los que tienen en común el hecho de tratarse de ilícitos cometidos por empleados públicos, en el desempeño de sus cargos, ya sea que afecten o no el patrimonio fiscal.

Sin perjuicio de ello, también interesa a estos efectos los delitos comunes que comprometan el interés patrimonial del Fisco o de organismos del Estado cometidos por particulares o funcionarios públicos, así como aquéllos que afecten la probidad funcionaria, aún cuando no correspondan al desempeño propio de los cargos.

El presente instructivo tiene por objeto referirse a la procedencia de comunicar las investigaciones al Consejo de Defensa del Estado, y a otros organismos, cuando corresponda, y a la aplicación del principio de oportunidad y medidas alternativas en la investigación de los indicados delitos.

Para ello, antes de tratar a esos temas específicos, resulta conveniente hacer una breve reseña sobre el concepto de empleado público y a los delitos que abarca el presente instructivo, sin perjuicio de otros análisis que puedan realizarse sobre los elementos comunes a ellos o sobre determinados delitos funcionarios.

I.- CONCEPTO DE EMPLEADO PÚBLICO PARA EFECTOS PENALES:

En los Instructivos N° 10, de 12 de Octubre del año 2000, y N°23, de 21 de Noviembre de ese año, se trató el tema del concepto de empleado público, uno de los elementos que debe considerarse y ser objeto de prueba en las investigaciones pertinentes.

Sin perjuicio de lo señalado en esa oportunidad y de reiterar que la jurisprudencia de los tribunales de justicia no ha sido uniforme, lo que hace especialmente importante acreditar la función pública en que se sostenga la investigación y la acusación que se formule, se estima del caso reproducir los principales conceptos que establece nuestra legislación.

De ellos aparece que lo que más interesa para los efectos penales, es la función desempeñada y no así, la naturaleza del vínculo jurídico de quien es calificado como funcionario público, con el organismo para el cual presta servicios.

1. Definición del artículo 260 del Código Penal

La definición de mayor relevación, por su aplicación generalizada, es la contenida en el artículo 260 del Código Penal.

Si bien se establece para los efectos del Título V del Libro II y del Párrafo IV del Título III del mismo libro, mayoritariamente la jurisprudencia la ha hecho extensiva a todos los delitos vinculados con la función pública.

Define al empleado público, en los siguientes términos:

"Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Libro II, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la

República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular". (Texto modificado por Ley 15.078 de 18 Diciembre 1962.).

2. Extensión del concepto a personas a cargo de fondos, efectos o rentas municipales o de establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia

El artículo 238 del Código Penal, contenido en el párrafo 5° del Título V de su Libro V, relativo a las malversaciones, dispone que:

"Las disposiciones de este párrafo son extensivas al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia."

De este modo, para los delitos de malversación se consideran empleados públicos, a personas que, sin serlo, están a cargo de dichos fondos.

3. Definición de la Convención Interamericana contra la Corrupción

La Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas, el 29 de Marzo de 1996 y promulgada como ley de la República por Decreto Supremo R.R.E.E. N°1879, de 1998, define al "funcionario público", o "oficial gubernamental" o "servidor público", para los fines de esa Convención como:

"Cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos".

4. Definición de la Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la OCDE.

La "Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales", suscrita el 17 de Diciembre de 1997 y promulgada como ley de la República, por D. S. N° 496 de 10 de Octubre de 2001, contiene el concepto de funcionario público extranjero para los fines de esa ley, el que define en la siguiente forma:

"Funcionario público extranjero significa toda persona que detente un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida; cualquiera persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluyendo para un organismo público o empresa de servicio público; y cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional"

5. Definición de la Convención de las Naciones Unidas en contra de la Corrupción.

Si bien no es aún norma de vigencia legal, se estima del caso reproducir también la definición contenida en la Convención de las Naciones Unidas en contra de la Corrupción, la que será suscrita en el mes de Diciembre del presente año. Define al funcionario público, para los efectos de la Convención, en los siguientes términos:

“Por “funcionario público” se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico del Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público”, toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se define en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.”

II. DELITOS FUNCIONARIOS

El Título V del Libro II, bajo la denominación de “De los Crímenes y Simples Delitos Cometidos por Empleados Públicos en el Desempeño de sus Cargos”, tipifica delitos funcionarios, los que son clasificados en la siguiente forma:

1. Los que afectan la probidad administrativa;
2. Los que afectan la confianza pública depositada en los funcionarios;
3. Los que afectan el buen funcionamiento de la Administración.

1.- A su vez, los delitos que afectan la probidad administrativa se agrupan en:

1.1. Malversaciones, cuyos autores deben ser funcionarios públicos o personas que se equiparan a ellos (artículo 233 a 238 del Código Penal);

1.2. Fraudes, los que suponen una negociación con un particular y que comprenden las figuras de fraudes propiamente tales; de negociaciones incompatible; de tráfico de influencias y de exacciones ilegales (Artículos 239 a 241); y

1.3. Cohecho, soborno o corrupción, tipificados como delitos de peligro, con prescindencia del resultado, perfeccionándose por la solicitud, aceptación u oferta del beneficio económico, ya sea en relación al cumplimiento de obligaciones propias del cargo, o al incumplimiento de obligaciones propias del cargo con infracción a los

deberes, o a la comisión de otros delitos funcionarios. Se clasifican a su vez, en las figuras de cohecho pasivo propio; cohecho pasivo propio agravado; cohecho pasivo impropio; y cohecho activo o soborno a funcionario nacional y a funcionario extranjero. (Artículos 248 a 251).

2. Delitos que afectan la confianza pública depositada en los funcionarios y el buen funcionamiento de la Administración.

Se comprenden en ellos los nombramientos ilegales (art. 220), la usurpación de funciones (arts. 221 y 222), la prevaricación (arts. 223 a 232) , la infidelidad en la custodia de documentos (arts. 242 a 245), la violación de secretos (arts.246 a 247) la resistencia y desobediencia (art. 252), la denegación de auxilio y abandono de destino (arts. 253 A 254) y abusos en contra de particulares (arts. 255 a 259).

3. Otros delitos cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos.

Existen otros tipos penales que pueden cometer funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones, tipificados en leyes especiales, como es el Código Tributario.

4. Otros delitos que afectan el patrimonio estatal.

También, como se ha señalado, puede darse la comisión de delitos comunes por funcionarios públicos o por particulares, que atenten en contra del patrimonio estatal.

5.- Otros delitos cometidos por funcionarios públicos fuera de la órbita de sus funciones y sin afectar el patrimonio estatal.

Y también se puede estar en presencia de delitos cometidos por funcionarios públicos, que no afecten el patrimonio estatal y sin que lo sea en el desempeño de las funciones, pero que, con ocasión de su actuar ilícito, atenten en contra de la probidad administrativa. A modo de ejemplo, ello ocurre en caso de abusos de menores cometidos por funcionarios públicos aprovechándose de su calidad de tal, como podría ser en un establecimiento educacional.

No todas esas investigaciones deben ser objeto de comunicación al Consejo de Defensa del Estado y, en las instrucciones relativas al principio de oportunidad y aplicación de medidas alternativas, no se considera cada una de esas posibilidades. Sin embargo, los fiscales deberán tener en cuenta los criterios generales que se imparten, en el análisis de la procedencia de aplicar tales medidas a los casos concretos que deban investigar, teniendo especialmente en consideración si se trata o no de un bien jurídico disponible y si, atendida la vinculación de los imputados con la función pública, prima la necesidad de llegar a una certeza procesal por sobre la ventaja que pueda representar la aplicación del principio de oportunidad.

III. COMUNICACIÓN AL CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO DE LAS INVESTIGACIONES DE DELITOS QUE PUEDAN ACARREAR PERJUICIOS ECONÓMICOS PARA EL FISCO U ORGANISMOS DEL ESTADO O COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DESEMPEÑO DE SUS FUNCIONES O EMPLEOS

1. Procedencia de efectuar la comunicación.

En la investigación de los delitos antes referidos y en la aplicación del principio de oportunidad y medidas alternativas a que se referirá este instructivo, corresponde tener presente lo previsto en el artículo 41 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, D.F.L. N° 1 del Ministerio de Hacienda, de 1993.

Dicha norma dispone que:

“ El Ministerio Público informará al Consejo de Defensa del Estado, a la brevedad posible, los antecedentes relacionados con delitos que pudieren dar lugar a su intervención.

En todo caso, el Consejo podrá solicitar los antecedentes que estime necesarios para determinar si deduce o no querrela.

Si no se le proporcionare la información, podrá ocurrir ante el juez de garantía, quien decidirá la cuestión mediante resolución fundada.”

De acuerdo a lo previsto en el artículo 3° de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, modificado por la ley adecuatoria, 19.806, corresponde a ese Organismo en materia penal:

N°4: “Ejercer la acción penal tratándose de delitos que pudieran acarrear perjuicios económicos para el Fisco u organismos del Estado.

El Consejo ejercerá la acción penal, especialmente tratándose de delitos tales como malversación o defraudación de caudales públicos y aquellos que importen sustracción, pérdida o fraude de fondos del Fisco, organismos del Estado o de las entidades de derecho privado a las que el Estado o sus instituciones hagan aportes o subvenciones o en las cuales tengan participación mayoritaria o igualitaria.”

N°5. “Ejercer la acción penal, tratándose de delitos cometidos en el desempeño de sus funciones o empleos por funcionarios públicos o empleados de organismos del Estado, de la Administración del Estado, de los gobiernos regionales, de las municipalidades, o de las instituciones o servicios descentralizados funcional o territorialmente.

El Consejo ejercerá la acción penal tratándose, especialmente, de delitos tales como cohecho, soborno y negociación incompatible.”

El artículo 6° de la misma ley dispone que cuando el Consejo acuerde ejercer acción penal en los casos del artículo 3 N°4, y que esa acción corresponda a otros órganos del

Estado, distintos del Ministerio Público, cesará la facultad de representación de esos órganos en el respectivo procedimiento.

Por su parte, el artículo 78 del Código Procesal Penal, dentro de las medidas sobre protección de las víctimas, dispone que los fiscales deben remitir los antecedentes al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles. Si bien puede entenderse que esa norma está en otro contexto, resulta conveniente aplicarla en el sentido de comunicar las investigaciones a los organismos del Estado con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuando resulte procedente el ejercicio de acciones civiles y no se hayan hecho parte directamente o por intermedio del Consejo de Defensa del Estado.

De lo anterior aparece que la investigación debe ser informada al Consejo de Defensa del Estado:

- tratándose de delitos que puedan acarrear perjuicio económico para el Fisco u organismos del Estado, tanto cometidos por funcionario público como por un particular;
- tratándose de delitos cometidos por funcionarios públicos, en el desempeño de sus cargos, incluidos todos aquellos mencionados en el artículo 3 N°5 transcrito de la Ley Orgánica del C.D.E. aun cuando no cause perjuicio económico.

2. Oportunidad en que debe efectuarse la comunicación

El artículo 41 citado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, dispone que los antecedentes relacionados con delitos que pudieren dar lugar a su intervención, le deben ser comunicados "a la brevedad posible".

En concepto de este Fiscal Nacional, ello obliga a comunicar las investigaciones tan pronto se denuncie el ilícito y el fiscal a cargo se forme la convicción de darse las circunstancias que hagan procedente informarlo a ese Organismo, sin perjuicio de comunicar además el hecho de encontrarse la investigación en etapa preliminar o formalizada.

IV. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y MEDIDAS ALTERNATIVAS

Como se expresó en el Instructivo N°29, del año 2000, la ley otorga al sistema de la reforma procesal penal, herramientas de oportunidad destinadas a instar por la eficacia de la actuación del Ministerio Público. La aplicación de esas medidas ha sido objeto de instrucciones dirigidas a los ilícitos en general y a algunos en particular.

En lo que respecta a los delitos funcionarios, y sin perjuicio de haber sido tratados en determinados instructivos, he estimado necesario referirme específicamente a su aplicación en la investigación de los delitos en que esté comprometida la probidad funcionaria o el interés patrimonial del Estado o de los órganos que integran la

Administración y, aquellos en que los imputados sean funcionarios públicos por actuaciones en el ejercicio de sus cargos o con ocasión de ellos.

1. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

En el Instructivo N°35 del año 2000, se analiza el alcance del artículo 170 del Código Procesal Penal, el cual establece que:

“Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

“Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. Este, a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere.

“Dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considerare que aquél ha excedido sus atribuciones en cuanto la pena mínima prevista para el hecho de que se tratare excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. También la dejará sin efecto cuando, dentro del mismo plazo, la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal.

“La decisión que el juez emitiera en conformidad al inciso anterior obligará al fiscal a continuar con la persecución penal.

“Una vez vencido el plazo señalado en el inciso tercero o rechazada por el juez la reclamación respectiva, los intervinientes contarán con un plazo de diez días para reclamar de la decisión del fiscal ante las autoridades del ministerio público.

“Conociendo de esta reclamación, las autoridades del ministerio público deberán verificar si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que se hubieren dictado al respecto. Transcurrido el plazo previsto en el inciso precedente sin que se hubiere formulado reclamación o rechazada ésta por parte de las autoridades del ministerio público, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho de que se tratate.

“La extinción de la acción penal de acuerdo a lo previsto en este artículo no perjudicará en modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.”

Como se señala en el Instructivo N° 35 citado, el que se reitera en todas sus partes, para que resulte procedente no iniciar una investigación o abandonar la ya iniciada, deben concurrir tres requisitos copulativos:

- a) Que la pena mínima asignada al delito no exceda de presidio o reclusión menor en su grado mínimo;
- b) La inexistencia de compromiso grave del interés público y,
- c) **Que no haya sido cometido por funcionario público, en el ejercicio de sus funciones.**

El análisis de esos requisitos lleva a la no aplicabilidad del principio de oportunidad a los delitos funcionarios y de corrupción, fundamentalmente por el interés público comprometido, y por la intervención que puedan tener en los hechos funcionarios públicos.

a.- Compromiso grave del interés público

La exigencia de que se trate de hechos que no comprometan gravemente el interés público, hace improcedente la aplicación del principio de oportunidad a los delitos que afecten la actuación de los Órganos del Estado, entidades que a su vez, tienen como finalidad promover el bien común.

Sin embargo, en el caso de concurrir los otros dos elementos, esto es, que se trate de un delito al que le esté asignada una pena mínima inferior a la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, y en que no haya intervenido funcionario público, procede ponderar si el hecho concreto de que se trate, que de algún modo interesa a la Administración, efectivamente compromete en forma grave el interés público, en términos de descartar su aplicación.

Como se señala en el Instructivo N°35, en la calificación de la gravedad de los hechos, deberá considerarse, entre otros factores, los planteamientos internacionales y lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia.

b.- Funcionario público en el ejercicio de su cargo.

Tratándose de hechos en que haya tenido cualquier grado de participación un funcionario público, en el ejercicio de su cargo, la aplicación del principio de oportunidad que se analiza, es prohibido por texto legal expreso.

Sin perjuicio que tal prohibición está limitada a las actuaciones de los funcionarios en el ejercicio de los correspondientes cargos, se estima prudente que también se pondere lo inconveniente que pueda resultar dar aplicación al principio de oportunidad, en los casos en que el funcionario no haya actuado en el ejercicio de su cargo, por cuanto aún en ese evento, podría estar comprometido el interés público. Si bien la ley no excluye la aplicación del principio de oportunidad para hechos delictivos en que han participado funcionarios públicos, cuando su actuación no es en el ejercicio de sus cargos, puede ocurrir que su calidad de funcionario público le dé una connotación que afecte

gravemente el interés público, o que por la sola penalidad, no corresponda hacer uso de la atribución que confiere a los fiscales el artículo 170 del Código Procesal Penal.

2.- ARCHIVO PROVISIONAL POR FALTA DE ANTECEDENTES:

Esta opción está tratada en el Instructivo N°42, del año 2001, relativo también a la facultad de no iniciar investigación por falta de antecedentes.

El artículo 167 del Código Procesal Penal faculta a los fiscales para que, en tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía, puedan resolver el archivo provisional de los antecedentes, cuando de la investigación no aparezcan antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos, decisión que debe ser aprobada por el Fiscal Regional, si el delito mereciere pena aflictiva.

Esa norma otorga a la víctima el derecho a solicitar la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación, y a reclamar ante las autoridades del ministerio público de la denegación de su solicitud.

Como se señala en el referido Instructivo N° 42, **“Lo que se busca con el archivo provisional es descongestionar el sistema criminal ya que existe una numerosa cantidad de delitos denunciados que no tienen posibilidad de ser aclarados, por lo que es necesario archivarlos, sin perjuicio de procesar los datos y antecedentes que contengan las respectivas denuncias, para acumularlos a otras de similares características y eventualmente, de esta manera, lograr el esclarecimiento futuro de algunos de ellos”.**

Se señala en dicho instructivo que son requisitos de procedencia:

- 1° Que no se haya producido la intervención del juez de garantía;
- 2° Que de los antecedentes no aparezcan indicios suficientes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos, tanto respecto del cuerpo del delito, como de la participación.
- 3° Aprobación del Fiscal Regional en caso de penas aflictivas abstractas.

Se hace presente que en el Mensaje remitido para la tramitación del Código Procesal Penal, se señaló que “la mencionada facultad debía ejercerse en todas aquellas denuncias que no aparezcan susceptibles de una investigación exitosa, ***limitada a delitos de común ocurrencia y de poca gravedad***, para evitar el desgaste innecesario de quienes deban llevar adelante las pesquisas”.

Recogiendo esa constancia legislativa, se instruyó, para el ejercicio de tal facultad, que:

“ reuniéndose los requisitos establecidos por la ley, lo hagan especialmente tratándose de faltas y simples delitos de común ocurrencia y/o de poca envergadura, estimando que son tales, para estos efectos, aquellos que no tienen asignada penas restrictivas o privativas de libertad aflictivas”.

Se agrega en ese instructivo que “Lo que se busca con el archivo provisional es descongestionar el sistema criminal, ya que existe una numerosa cantidad de delitos denunciados que no tienen posibilidad de ser aclarados. Por lo que es necesario archivarlos, sin perjuicio de procesar los datos y antecedentes que contengan las respectivas denuncias, para acumularlos a otras de similares características y eventualmente, de esta manera, lograr el esclarecimiento futuro de algunos de aquellos”.

Se destacó como ilícitos a los cuales no debe aplicarse tal facultad, *los delitos que afecten la libertad sexual, la vida y la libertad personal*, haciendo ver que ellos *necesariamente deberán ser investigados hasta agotar efectivamente los medios razonables de esclarecimiento del ilícito denunciado y de sus autores, antes de dar aplicación a esa institución.*”

Por el presente Instructivo se reitera lo que en él se señala, *agregando que los delitos que comprometan la probidad funcionaria, el patrimonio fiscal o el de órganos estatales, o en que hayan participado funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos, no son calificables de delitos de común ocurrencia y/o de poca envergadura, por lo que procede que la aplicación de esta facultad se efectúe restrictivamente, agotando en forma previa los medios razonables de investigación, y que deberá ser sometida a la decisión del Fiscal Regional, aunque no tenga asignada una pena aflictiva.*

Para ello debe tenerse presente que, como se ha destacado, la facultad de no investigar obedece precisamente a la conveniencia de que los ilícitos de gravedad, como son los atribuidos a funcionarios públicos, sean realmente esclarecidos y que, si corresponde, recaiga en ellos sentencia absolutoria o sobreseimiento, sin que quede bajo duda si se está o no frente a un funcionario corrupto.

Y, como se señala en el mismo Instructivo, el que se reitera y complementa, si se ha producido la intervención del juez, y concurren las circunstancias para proceder al archivo provisional, corresponde proceder al cierre de la investigación de conformidad al artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal.

3. DECISIÓN DE NO INICIAR INVESTIGACION

En el mismo instructivo N° 42 de 2001, se fijan criterios sobre la decisión de no investigar, autorizada en el artículo 168 del Código Procesal Penal.

Esa norma dispone que: "En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, *cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes o datos suministrados permiten establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado*. Esta decisión siempre será fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía".

Este Fiscal Nacional no descarta la aplicación de la facultad establecida en esa norma para resolver no iniciar investigaciones, que se coloca en una situación distinta a la del Archivo Provisional.

No se trata en este caso de que no existan antecedentes sobre los hechos, sino de la constatación de que éstos no revisten los caracteres de delito, o que la acción se encuentra prescrita.

Como se indica en el Instructivo citado, que se reitera, los requisitos para el ejercicio de esta facultad son:

- Que no se haya producido la intervención del juez de garantía;
- Que se decrete una vez recibida la denuncia, pero antes de efectuar diligencias investigativas;
- Que la decisión sea fundada en cuanto a que los hechos no son constitutivos de delito o a que la responsabilidad se encuentre extinguida; y
- Que sea aprobada por el Juez de Garantía.

El estudio de los hechos denunciados para concluir que no constituyen delitos deberá ser especialmente cuidadoso cuando se trata de actuaciones vinculadas con el patrimonio fiscal y con el actuar de los funcionarios

Aparentemente esta medida podría tener aplicación por la prescripción de la acción penal, debiendo descartarse todo acto de interrupción y la forma que en el caso concreta corresponda efectuar el cómputo.

Por otra parte, teniendo presente lo previsto en las normas transcritas de la Ley Orgánica del Consejo, en su calidad de representante judicial de la víctima del supuesto delito, puede resultar procedente que los fiscales pongan en conocimiento de ese Organismo las correspondientes denuncias, a fin que adopte las medidas que en su concepto corresponda.

4. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO

Se trata de una salida alternativa regulada en los artículos 237 a 240 del Código Procesal Penal, por la que, como su nombre lo indica, el fiscal y el imputado, con

aprobación del juez de garantía, optan por someter a este último a un período de control, pasado el cual, si cumple con las condiciones impuestas, se entiende sobreseído definitivamente.

Se han impartido instrucciones generales al respecto por los Instructivos N° 36, del año 2000 y 61 del año 2001 (sobre expulsión y suspensión condicional del procedimiento) y por los oficios N°163, de 12 de Abril de 2002 (de alcance general), N°148 de 27 de Marzo de 2003 (sobre delitos cuyas víctimas son niños o adolescentes) y N° 404 de 21 de Agosto de 2003 (sobre delitos sexuales).

Según lo previsto en el artículo 237 del Código Procesal Penal, son requisitos de procedencia de la suspensión condicional:

- a) Que exista acuerdo entre el fiscal y el imputado;
- b) Que la pena que pudiera imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad;
- c) Que el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito;
- d) Que sea aprobado por el juez de garantía;
- e) Que esté presente el defensor en la audiencia en que se ventile la solicitud de suspensión condicional;
- f) Que se oiga a la víctima antes de que se pida o se resuelva la suspensión condicional (art. 109 letra d) del C.P.P.);
- g) Que se cite a la audiencia al querellante y que éste sea oído.

La opinión de la víctima o querellante no es vinculante.

Esta medida es por tanto teóricamente aplicable a los delitos funcionarios, cuando la pena señalada no exceda de tres años de privación de libertad, incluso sin el consentimiento del Consejo de Defensa del Estado, en su calidad de querellante.

Sin embargo, ya por instructivo N°36, de 15 de Diciembre de 2000, se hizo ver la necesidad de aplicar esta facultad en forma limitada, con criterios de prudencia, teniendo especialmente en cuenta la dificultad que representa controlar el cumplimiento de las condiciones de la suspensión.

Por ello, se precisó que los Fiscales debían ponderar en cada caso las circunstancias de la comisión del delito, su naturaleza, modalidad y móviles, y que debían ***perseverar en la investigación y persecución criminal, cuando aparezca necesaria, por la gravedad y trascendencia de los hechos en el caso concreto.***

Manteniendo los criterios expuestos en esa oportunidad, se considera no aplicable esta medida a los delitos que afecten la probidad funcionaria, el patrimonio fiscal o en que

tengan intervención funcionarios públicos en el desempeño de sus actividades, ello por la gravedad y trascendencia de tales ilícitos.

En este criterio se ha tomado igualmente en consideración lo inconveniente que resulta el hecho que no se defina con prontitud si determinada actuación de un funcionario público en el ejercicio de su cargo, constituye o no la comisión de un delito.

Incluso, la limitación en la aplicación de esta medida, debe ser ponderada tratándose de delitos funcionarios no cometidos en el ejercicio de las funciones, sino que, por su vinculación con el cargo, hayan dado o puedan dar lugar a la aplicación de una medida disciplinaria.

Debe tenerse en cuenta que, cumplidas las condiciones de la suspensión, el imputado será sobreseído definitivamente y que ello podrá tener efecto en la condición administrativa del funcionario, según lo previsto en el artículo 115 del Estatuto Administrativo, lo que determina que resulte conveniente que se defina procesalmente si el funcionario público ha o no cometido un delito.

5. EL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO

Los artículos 388 a 399 contemplan un procedimiento simplificado aplicable a las faltas y a aquellos delitos respecto de los cuales el fiscal solicite la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menor en su grado mínimo.

Sobre la materia se emitió el Instructivo N°15 de 25 de Octubre de 2000, el que se mantiene en todas su partes.

En lo que se refiere a los delitos funcionarios, su aplicación dependerá del grado de complejidad que revista la investigación de los hechos.

Si bien en principio pueda estimarse incompatible con la adecuada penalización de los delitos funcionarios, puede resultar procedente y de toda conveniencia aplicarlo a hechos que no revisten complejidades, lo que deberá analizarse en cada caso.

6. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Como se señala en el Instructivo N°57, de 2001, se trata de un procedimiento alternativo al juicio oral, del que conoce el juez de garantía, regulado por los artículos 406 al 414 del Código Procesal Penal.

Se reitera lo dicho en el señalado instructivo, sin perjuicio de puntualizar lo siguiente.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 406, modificado por el artículo 62 de la Ley 19.806, y 407 del Código Procesal Penal, los requisitos de procedencia son:

- a) Que se trate de hechos respecto de los cuales el fiscal requiera la imposición de una pena privativa de libertad no superior a 5 años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien, cualquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas;
- b) Que sea solicitado por el fiscal ante el juez de garantía. No puede ser solicitado por el acusado o su defensa, ni por el querellante, ni puede ser aplicado por iniciativa propia o de oficio por el juez;
- c) Que el fiscal lo solicite al formular la acusación o verbalmente, en la preparación del juicio oral;
- d) Que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente. Esta exigencia determina que el procedimiento abreviado no pueda extenderse a hechos no comprendidos en la acusación;
- e) Que el imputado, también en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, manifieste su conformidad con este procedimiento;
- f) Que esté presente el acusado o imputado y su defensor.

Actitud del querellante

De acuerdo a lo previsto en el artículo 408 del Código Procesal Penal, el querellante - que en el caso de delitos funcionarios será el Consejo de Defensa del Estado o el representante judicial del organismo afectado - puede oponerse al procedimiento abreviado sólo en el caso que, en su acusación, solicite una pena que exceda del límite del artículo 406, ya sea por una distinta calificación jurídica de los hechos, el grado de participación o por las circunstancias modificatorias de responsabilidad.

Actitud del actor civil

El actor civil no querellante no puede oponerse al procedimiento abreviado y en el caso de ser aplicado, deberá ejercer su acción ante tribunal civil.

Aplicación a delitos funcionarios:

De lo expuesto aparece que se trata de un procedimiento alternativo aplicable a los delitos funcionarios, salvo oposición del querellante, en los casos en que proceda.

Sin embargo, corresponde que los fiscales adjuntos analicen cuidadosamente caso a caso la procedencia de solicitar una pena no superior a 5 años de presidio o reclusión menores, teniendo presente el bien jurídico protegido, la gravedad del hecho concreto de que se trate y, en su caso, la cuantía involucrada.

7. LOS ACUERDOS REPARATORIOS.

La aplicación de las normas relativas a los acuerdos reparatorios, contenidos en los artículos 241 a 246 del Código Procesal Penal, fue analizada en el Instructivo N°34, del año 2000.

En él se contiene un listado de ilícitos en los que pueden ser aplicados los acuerdos reparatorios, por tratarse de bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, o de lesiones menos graves o delitos culposos.

Son requisitos de procedencia de esta medida alternativa que:

- a) Se trate de bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, de lesiones menos graves o de delitos culposos;
- b) El imputado y la víctima presten su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos; y
- c) Que no exista un interés público prevalente en la continuación de la persecución de la acción penal

En lo que se refiere a los delitos contrarios a la probidad pública y delitos de corrupción, normalmente no se estará en presencia de un bien jurídico disponible, lo que determinará que el acuerdo reparatorio resulte improcedente como medida alternativa.

Sin perjuicio de ello, cabe reiterar que, como aparece de las referidas normas, los acuerdos reparatorios son concertados entre el imputado y la víctima, la que, en el caso de delitos funcionarios será normalmente representado por el Consejo de Defensa del Estado.

Por su parte, los fiscales deberán oponerse a la aplicación de esta medida, cada vez que, en su concepto, sea sostenible que se está en presencia de un bien jurídico no disponible por haber sido cometido por un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, o por estar afectada la probidad pública.

Tal circunstancia permite también al juez, de oficio, denegar poner término al proceso mediante un acuerdo reparatorio.

Asimismo, como se indicó a propósito de la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento, también deberá considerarse en los acuerdos reparatorios, el alcance de éstos en la vinculación del imputado con el organismo correspondiente, teniendo presente que el tribunal debe dictar el sobreseimiento definitivo, extinguiéndose la acción penal.

V. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS EN RELACIÓN A LOS DELITOS CONTRARIOS A LA PROBIDAD PÚBLICA, A LOS DELITOS FUNCIONARIOS Y A LOS QUE AFECTEN EL PATRIMONIO ESTATAL.

V.I. Delitos que afecten el patrimonio estatal o cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos.

Lo señalado permite agrupar la aplicación de las medidas alternativas a los delitos que afecten el patrimonio estatal o cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos:

No procede aplicar las siguientes medidas:

1.- Tratándose de delitos cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos, ni procede aplicar el principio de oportunidad a que se refiere el artículo 170 del Código Procesal Penal, por prohibirlo el texto expreso de la ley.

No resulta conveniente la aplicación de las siguientes medidas:

- 1.- El archivo provisional.
- 2.- La suspensión condicional del procedimiento a que se refieren los artículos 237 a 240.
- 3.- Los acuerdos reparatorios, regulados por los artículos 241 a 246, con la salvedad señalada.

Aplicación limitada según el análisis de cada caso.

- 1.- Procedimiento simplificado, regulado por los artículos 388 al 399.
- 2.- Procedimiento abreviado, según los artículos 241 a 246..

Conveniencia de no iniciar la investigación.

Según lo previsto en el artículo 168, es aplicable cuando el hecho no constituye un ilícito o cuando se encuentre extinguida la responsabilidad.

V.II. Delitos que no afecten el patrimonio estatal, cometidos por funcionarios públicos

Si bien este instructivo está dirigido a los delitos referidos en el punto precedente, como se ha señalado, los criterios indicados pueden resultar aplicables a las investigaciones de delitos cometidos por funcionarios públicos, aunque no lo sea en el desempeño de sus cargos, lo que deberán ponderar los fiscales, con la autorización del Fiscal Regional, si corresponde.

El presente oficio deberá ser distribuido a los fiscales adjuntos, asesores jurídicos de las Fiscalías Regionales y ayudantes de fiscales, para su conocimiento y orientación en las materias que aquí se tratan, sin perjuicio del cumplimiento de los criterios de actuación contenidos en esta comunicación y en los instructivos generales anteriores que se mencionan.

Las dudas y observaciones que surjan del estudio del presente oficio deberán ser canalizadas por intermedio de los fiscales regionales.

Saluda atentamente a UDS.,

**GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO**

GPR/SMG/crz

OFICIO FN. N° 556 /

ANT. : No hay.

MAT.: Facultad de los fiscales de no perseverar en el procedimiento, una vez cerrada la investigación.

SANTIAGO, noviembre 18 de 2003

DE : FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO

A : FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAIS

La presente circular tiene por objeto orientar a los fiscales sobre la decisión de no perseverar en el procedimiento al término de la investigación, la que debe ser revisada por el Fiscal Regional.

Han ocurrido algunos casos en que el fiscal ha adoptado una decisión de esta naturaleza y sin embargo el procedimiento ha continuado por la institución de forzamiento de la acusación hasta llegar al juicio oral, llegándose en un caso a la sentencia condenatoria a instancia de la parte querellante.

De otra parte, se han presentado en la práctica de la reforma algunos problemas de interpretación derivados de situaciones en que el fiscal no ha formalizado la investigación y no puede ejercer la facultad de no investigar o de archivar provisionalmente los antecedentes, por haber intervenido el juez de garantía de una u otra forma (Arts. 167 y 168 del C.P.P.), como por Ej. admitiendo la tramitación de una querrela. En estos casos, ha surgido la duda sobre si el fiscal puede decidir no perseverar en el procedimiento, no obstante que no ha formalizado la investigación en contra de imputado alguno por falta de antecedentes.

Por consiguiente, el presente oficio persigue que los fiscales se compenetren en mejor forma de la naturaleza de esta decisión, de sus diferencias con la petición de sobreseimiento, de sus efectos hacia futuro y finalmente si esta decisión puede adoptarse en los casos en que no ha existido formalización de la investigación.

I. Facultad de no perseverar en el procedimiento.

1. Antecedentes generales: Historia fidedigna de su establecimiento en el Código Procesal Penal.

En el Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal, la disposición relativa al cierre de la investigación fiscal correspondía al artículo 337 y en ella se contemplaban tres

vías posibles de adoptar luego de éste: una de ellas era, obviamente, la de formular acusación, otra, la de solicitar el sobreseimiento de la causa, fuere definitivo o temporal y la última (la primera según el orden del artículo), la de solicitar la suspensión condicional del procedimiento. Esta última posibilidad no se contemplaba en el texto que acompañó el Mensaje del Ejecutivo, por lo que, hasta la discusión de la norma relativa al cierre de la investigación y las alternativas posibles de seguir tras ello en el Senado, sólo existía la alternativa de formular acusación o solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa (artículos 338 del Mensaje del Ejecutivo y 318 del texto aprobado por la Cámara de Diputados).

En la tramitación del proyecto en el Senado, se decidió incorporar una tercera posibilidad para el fiscal, una vez cerrada la investigación, consistente en la comunicación de que no perseveraría con el procedimiento por no haber reunido suficientes antecedentes como para fundar una acusación.

Se trata de una institución que no tiene homónimos en la legislación comparada porque corresponde a lo que, en un comienzo, se había contemplado como una causal de sobreseimiento temporal.

En efecto, el artículo 341 del Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal establecía, como primera causal del sobreseimiento temporal, decretado por el juez de garantía, el hecho de que *"(...) los antecedentes reunidos durante la investigación no fueren suficientes para fundar acusación y dicha investigación no pudiere seguir adelante en forma inmediata, habiendo, no obstante, motivos para esperar el surgimiento de nuevos antecedentes con posterioridad".*⁴⁸

Desde el mensaje con que se envió el Proyecto de Código de Procedimiento Penal a la Cámara de Diputados, se manifestó la necesidad de restringir notablemente el sobreseimiento temporal por tratarse de una salida bastante insatisfactoria. Ello, desde varios puntos de vista:

- Desde el punto de vista de la víctima y de la sociedad, constituye un fracaso de la investigación que no se reconoce formalmente,
- Desde el punto de vista del sistema penal, implica mantener un amplísimo número de casos abiertos con los consiguientes problemas administrativos que ello conlleva.
- Desde el punto de vista del imputado, implica que se mantenga indefinidamente la posibilidad de persecución en su contra con el consiguiente estado

⁴⁸ FACULTAD DE DERECHO – UNIVERSIDAD DE CHILE. Varios autores. Coordinación de Cristián Maturana Miquel. *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada, Concordancias.* Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003. Página 359.

de incertidumbre que para él conlleva. El imputado sólo podría liberarse de esta carga probando activamente su inocencia produciéndose, de este modo, una distorsión en el sistema al alterar el *onus probandi* que, en materias penales, recae, como es sabido, sobre el Estado.

Por estas razones ya advertidas en el mensaje, esta causal de sobreseimiento temporal y el estado de suspensión del procedimiento que conllevaba, contemplaba una limitación consistente en fijar un plazo para que “surgieran nuevos antecedentes”, este plazo era de un año, transcurrido el cual, el sobreseimiento temporal se convertía en definitivo y, así, figuraba como una de las causales de este último instituto.⁴⁹

Como causal de sobreseimiento definitivo, se contemplaba en la letra g) de los artículos 339 del Anteproyecto, 340 del proyecto del Ejecutivo y 320 del proyecto aprobado por la Cámara que establecían que el juez de control de la instrucción decretaría el sobreseimiento definitivo:

“g) Cuando los antecedentes reunidos durante la investigación no fueren suficientes para fundar acusación y se encontrare vencido el plazo del artículo [...], norma relativa al plazo de cierre de la investigación], o no existiere, razonablemente, la posibilidad de surgimiento de nuevos antecedentes que permitan lograr el esclarecimiento de los hechos investigados.”

No obstante, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado optó por suprimir en su totalidad esta causal, pese a que la indicación primitiva se refería a que se eliminara sólo lo relativo a la posibilidad de surgimiento de nuevos antecedentes. La razón de extender la supresión a toda la letra radicó en que esta causal fue trasladada e incorporada como una tercera vía que podía seguir el fiscal una vez cerrada la investigación. El hecho de que dejara de contemplarse como una causal de sobreseimiento temporal no tuvo relación únicamente con el ánimo de restringir al máximo estas causales y, en definitiva, los sobreseimientos temporales que en definitiva se dictaran, sino en la advertencia de que el contenido de dicha causal “(...) involucra un juicio de valor acerca del mérito de la investigación que le corresponde hacer al fiscal y no al juez”.⁵⁰

Resumiendo, la falta de antecedentes para fundar una acusación por parte del Ministerio Público fue considerada, desde el Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal hasta el Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados como una causal que facultaba al fiscal para solicitar el sobreseimiento temporal y al juez de garantía para decretarla, no obstante, en la última fase de tramitación parlamentaria en el Senado, **los legisladores se dieron cuenta que el hecho de existir o no en la investigación mérito probatorio para fundar una acusación es una cuestión que, en esencia,**

⁴⁹ HORVITZ – LÓPEZ. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002. Página 585.

⁵⁰ 2do. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

corresponde al órgano encargado de la investigación penal y no constituye materia de pronunciamiento jurisdiccional.

2. Concepto de facultad de no perseverar en el procedimiento. Posibilidad de impugnación y efectos.

Como se ha venido anticipando, este mecanismo contemplado en la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal consiste en la posibilidad que tiene, en forma exclusiva, el órgano encargado de la persecución penal, en congruencia con un sistema de separación de las funciones investigativas y jurisdiccionales, de decidir no continuar con un procedimiento que lleva adelante en contra de uno o más imputados, por no haberse reunido, durante la investigación, antecedentes suficientes para fundar una acusación.

Se trata, insistimos, de una **facultad** del órgano encargado de la investigación por lo que no requiere de aprobación o ratificación por parte del órgano jurisdiccional sino que basta con la **comunicación** efectuada en los términos prescritos por la legislación procesal penal.

Esta comunicación se materializa en una audiencia a la que se convoca especialmente con tal objeto, previo requerimiento del fiscal a cargo del caso, a todos los intervinientes en el procedimiento, según el artículo 249 del CPP.

Los derechos que las partes pueden ejercer en esta audiencia, básicamente la víctima o el querellante que serían quienes eventualmente podrían verse en desacuerdo con la decisión del fiscal, se limitan a que la víctima puede ser oída por el fiscal, si lo ha solicitado, antes de que éste resuelva adoptar esta forma de terminación anticipada del procedimiento (artículo 109 letra d.- CPP). Respecto del querellante, la única posibilidad que se contempla a su respecto es la de solicitar al juez de garantía que lo faculte para sostener por sí mismo la acusación en los mismos términos que los establecidos para el Ministerio Público, a través del mecanismo del forzamiento de la acusación contemplado en el artículo 258 y al que nos referiremos más adelante.

Los efectos que produce esta comunicación del fiscal son tres y son los siguientes:

- i. La formalización de la investigación queda sin efecto (en caso de haber tenido lugar, según veremos más adelante),
- ii. Las medidas cautelares que hubieren sido decretadas deberán ser revocadas por el juez de garantía.
- iii. La prescripción de la acción penal continúa corriendo como si nunca se hubiere interrumpido (en caso de que realmente se hubiere interrumpido, según también veremos más adelante).

3. Naturaleza jurídica de la facultad de no perseverar en el procedimiento y problemas prácticos derivados de su ejercicio.

La facultad de no perseverar en el procedimiento es una actuación emanada exclusivamente del ente encargado de la persecución penal el que, por definición constitucional, no puede ejercer funciones jurisdiccionales. Desde ya, por lo tanto, podemos descartar la naturaleza jurisdiccional de esta institución. Se trata de una de las más simples instituciones que el Código contempla que, sin embargo, puede ocasionar algunos problemas interpretativos derivados de la falta de internalización cultural de las bases organizacionales que constituyen el nuevo sistema. En efecto, se trata de una simple comunicación que, en uso de sus atribuciones legales, efectúa el Ministerio Público, referida a una decisión que sólo a él puede competir consistente en la decisión de no continuar con el procedimiento por no contar con antecedentes suficientes para intentar una acusación y un procedimiento serios ante el órgano jurisdiccional.

Se trata de un mecanismo del todo homologable a la formalización de la investigación por parte de la Fiscalía. Efectivamente, sólo el órgano encargado de la persecución penal puede estimar que existen antecedentes suficientes que lo facultan para seguir adelante una investigación en contra de una o más personas, por determinados delitos. Como un componente importante de la garantía de defensa, aquel en contra de quien se dirige la persecución penal del Estado tiene derecho a que esta situación le sea comunicada por el organismo investigador, pero lo que no es posible es que el órgano jurisdiccional dicte resolución alguna "aprobando" la decisión del Ministerio Público.

En los mismos términos y con idénticos fundamentos, SÓLO el órgano encargado de la persecución penal es el facultado para determinar si ha reunido o no antecedentes suficientes para seguir adelante un procedimiento contra uno o más imputados. Desde este punto de vista, no era posible que esta situación diera lugar a un sobreseimiento el que, según sabemos, constituye una resolución jurisdiccional pese a la dificultad de clasificarlo dentro de las categorías que establece el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil.

En este sentido es importante apreciar como esta facultad otorgada al Ministerio Público y que constituye una de las innovaciones del sistema implica una ratificación de la delimitación de funciones que trajo aparejado el nuevo sistema de justicia penal.

Resulta relevante tener a la vista la historia fidedigna del establecimiento de la ley de modo de percibir el verdadero fundamento de que esta institución fuera extraída de las causales de sobreseimiento temporal y trasladada a una norma distinta, como una salida autónoma. Vale decir, si dejó de considerarse como una causal de sobreseimiento temporal ello NO correspondió al deseo del legislador de otorgar una salida definitiva al imputado beneficiado con este término, de modo que éste pudiera

invocar posteriormente la cosa juzgada, sino sólo al reconocimiento de que no se trataba de una materia que mereciera pronunciamiento jurisdiccional.

Por lo tanto, no parecen acertadas aquellas posturas que establecen que, en caso de que el fiscal haga uso de esta facultad, no existe posibilidad de que pueda iniciarse una investigación contra la misma persona, por los mismos hechos.⁵¹

A este respecto, se señalan como argumentos a favor de dicha postura el hecho de que el legislador ha manifestado una drástica voluntad en orden a poner término al procedimiento en caso de inactividad o ineficacia del Ministerio Público en sus tareas de persecución penal, así por ejemplo, el plazo máximo para el cierre de la investigación formalizada y la consecuencia derivada del incumplimiento de dicho plazo. A fin de avalar esta postura, se argumenta en el sentido de la eliminación de la causal de sobreseimiento temporal basada en la insuficiencia de antecedentes para formular acusación, lo que habría tenido la finalidad de otorgar salida definitiva a esta situación.⁵²

Con respecto al primer argumento, estimamos que el ejercicio de la facultad de no perseverar en el procedimiento no parece una demostración de inactividad por parte del órgano persecutor desde que éste reconoce la falta de antecedentes que le permitan fundamentar seriamente una acusación. En este sentido, cierra una investigación que no presenta buenas expectativas de éxito desde la perspectiva de la persecución penal sin que ello constituya una ineficiencia del sistema. Por lo demás, se trata de la correcta utilización de los mecanismos que la propia legislación ha contemplado, por lo que la situación no debiera merecer reparos.

La situación que efectivamente debiera suscitar críticas debería consistir en mantener investigaciones abiertas pero inactivas, en las que es conocido que no existen expectativas razonables de un esclarecimiento de los hechos. Dicha situación provocaría los consabidos inconvenientes para los sujetos pasivos de la persecución penal y, además, para el sistema mismo, que vería alteradas sus cifras de eficacia con situaciones que no corresponden a la realidad de casos del Ministerio Público. Es importante tener presente que, una vez ejercida esta facultad por parte del Ministerio Público no podría hablarse de inactividad ya que, simplemente, nos encontramos ante una investigación que está cerrada.

Con respecto al segundo argumento, relativo a la causal de sobreseimiento temporal, mucho nos hemos referido al respecto y sólo baste señalar que dicha causal es del todo admisible en un sistema que entrega la persecución penal al órgano jurisdiccional pero no corresponde al modelo escogido por nuestro legislador, en que el mérito de la

⁵¹ En este sentido, HORVITZ, María Inés. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002. Páginas 586 y ss.

⁵² *Ibid.*

investigación sólo puede ser ponderado por el órgano encargado de su dirección, en forma exclusiva.

Finalmente, sostener que una vez comunicada esta decisión y transcurrido el plazo de prescripción respectivo puede solicitarse el sobreseimiento definitivo de la causa⁵³, nos parece una postura totalmente errada desde que no existe investigación en curso, la causa está cerrada por lo que no se vislumbra respecto de qué procedimiento se solicitaría el sobreseimiento definitivo si la causa ya concluyó tiempo atrás.

En definitiva, constituyendo el único límite para iniciar nuevas investigaciones lo dispuesto categóricamente en el inciso segundo del artículo 1º del Código Procesal Penal, sólo *“La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho.”*

Por tales razones, habiendo la causa terminado en base a una decisión del órgano encargado de la persecución penal, no existe impedimento legal alguno que prohíba una nueva formalización en contra de aquel imputado, por los mismos hechos, en caso de que existiera mérito suficiente para que el Ministerio Público adoptara tal decisión.

Reconocemos que el hecho de que el ejercicio de la facultad de no perseverar en el procedimiento no implique una respuesta definitiva para el imputado no es lo óptimo pero resulta una solución más adecuada que la de tener una investigación abierta a la espera de que aparezcan mejores antecedentes, con las consiguientes cargas que para el sujeto pasivo del proceso penal puede acarrear.

En el mismo sentido, Carocca estima que *“(...) se ha abierto una posibilidad de que el procedimiento no termine ni por sobreseimiento definitivo ni se suspenda por sobreseimiento temporal pero tampoco se acuse, sino que quede sin efecto lo tramitado, lo que, al parecer, no impediría que pudiera reanudarse posteriormente en cualquier momento, mientras no prescriba la acción penal. Se trata a nuestro entender, de un mecanismo que atenta contra la presunción de inocencia, ya que a pesar de haberse abierto una investigación, que incluso ha sido formalizada, pero que no ha arrojado resultados como para poder acusar, en lugar de producir el término de la persecución penal, deja la posibilidad abierta para que pueda reiniciarse”*.⁵⁴

⁵³ Ibid.

⁵⁴ CAROCCA, Alex. “Etapa intermedia o de preparación del juicio oral en el nuevo proceso penal chileno”, en la obra colectiva *Nuevo Proceso Penal*. Editorial Jurídica Conosur. Santiago, 2000. Pp. 396 y ss. El destacado es nuestro.

Con la finalidad de solucionar el atentado a la presunción de inocencia que según este autor se produciría con una nueva formalización en contra del imputado, éste plantea que *“(...)la única interpretación plausible de este mecanismo es que, a pesar de esta decisión del fiscal de no proseguir con el procedimiento, no se traduce en una petición de sobreseimiento definitivo, ni en una decisión del juez de pronunciarlo, de todos modos extingue la facultad del fiscal de abrir una nueva investigación. Vale decir, la iniciativa del Ministerio*

Compartiendo la posición de este autor en cuanto a la posibilidad de que el proceso pueda reiniciarse, no resulta comprensible la afección a la presunción de inocencia invocada por el mismo desde que, según sabemos, ella sólo podrá ser desvirtuada al momento de dictarse sentencia definitiva condenatoria en la causa y, claramente, no lo será por el simple hecho de que exista una nueva formalización en contra del imputado.

El hecho de que la cosa juzgada, como sabemos, sea un efecto propio de las sentencias definitivas e interlocutorias firmes, que se traduce en la eficacia que hace inmutable e indiscutible la sentencia, no sujeta ya a impugnación, sea por vía ordinaria o extraordinaria, tiene relación con el origen mismo del acto revestido de la autoridad de cosa juzgada. Vale decir, SÓLO podemos hablar de este efecto tratándose de resoluciones jurisdiccionales porque sólo el órgano jurisdiccional tiene la autoridad para decidir acerca de la responsabilidad (penal en este caso) de una persona y los consiguientes efectos importantísimos que de esta conclusión pueden derivarse (privación o restricción de derechos). El Ministerio Público no tiene la autoridad suficiente para decidir acerca de la responsabilidad penal de las personas, sólo puede sostener una postura en un sentido determinado. Por ello, una nueva formalización por parte del ente persecutor no implica, por obvio que parezca, una condena y, por lo tanto, no necesita estar revestido de la autoridad de cosa juzgada ni a algún efecto análogo al mismo.

La idea de inmutabilidad que encierran las sentencias ejecutoriadas gracias a su efecto de cosa juzgada es una prohibición única en el Ordenamiento Jurídico, tanto la Constitución Política, como la ley, el acto administrativo y el contrato pueden modificarse, no obstante, la norma contenida en una sentencia no podrá ser modificada. Si no nos resulta extraño la posibilidad de mutación de la propia carta política no debiera resultarnos extraño la posibilidad de mutación de una decisión del órgano de persecución penal.

A mayor abundamiento, arribamos a la misma conclusión considerando que, en estos casos, el término del procedimiento ha tenido que ver con la falta de antecedentes para fundar una acusación y, por ende, para continuar con la persecución penal, pero no responde a un criterio de fondo como podría ser, por ejemplo, criterios de política criminal que fundamentaran la aplicación de un principio de oportunidad.

Público para perseguir penalmente se extingue con su decisión de abandonar el procedimiento". No obstante, no podemos vislumbrar dónde se encontraría el supuesto atentado contra la presunción de inocencia y, más aún, sobre la base de qué argumentos jurídicos y qué mecanismos concretos se encontraría vedada al fiscal la posibilidad de iniciar nuevamente el procedimiento. Nos parece que la categórica afirmación de que la iniciativa del fiscal de perseguir penalmente "*se extingue*" no reviste fundamentos claros en su razonamiento.

Sin embargo y según habíamos adelantado, el Ministerio Público advierte, que se trata de una situación que puede implicar inconvenientes para el imputado, por lo que se recomienda a los fiscales que, en los casos en que hayan ejercido la facultad de no perseverar en el procedimiento sólo vuelvan a formalizar investigación contra el mismo imputado y por los mismos hechos cuando tuvieren antecedentes suficientemente contundentes y que realmente puedan justificar dicha decisión.

Lo anterior, con la finalidad primordial de que este nuevo mecanismo que el sistema nos otorga sea utilizado de forma adecuada y plenamente ajustada a derecho y evitar, por otra parte, críticas relativas a que su aplicación obedecería a la necesidad de ampliar los plazos de investigación mediante su ejercicio y posterior reapertura (consecuentemente, el otorgamiento de un nuevo plazo de investigación).

4. Formalización de la investigación y facultad de no perseverar en el procedimiento

Otro problema que se ha presentado en la práctica es el relativo a la posibilidad de que se ejerza esta facultad por parte del Ministerio Público sin que previamente se haya formalizado la investigación.

En los casos en que este trámite no haya tenido lugar, lo más común es que no se haya producido la intervención del juez de garantía y, por lo tanto, el fiscal podrá echar mano de otros mecanismos que el sistema le otorga, como el archivo provisional, que pareciera ser el más adecuado en caso de encontrarnos ante una hipótesis que haría procedente el ejercicio de esta facultad.

No obstante, la intervención del juez de garantía puede producirse pese a que el fiscal a cargo del caso no haya comunicado a una persona que está dirigiendo una investigación en su contra por uno o más delitos determinados. Sería el caso, por ejemplo, de que el juez admitiera a tramitación una querrela y la remitiera al Ministerio Público. En dicho evento, este organismo tendría vedada la posibilidad de archivar provisionalmente la causa pese a que no existieran antecedentes que permitieran desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos. Es más, en caso de que el fiscal estimara que los hechos no son constitutivos de delitos o que la responsabilidad penal del imputado se encuentra prescrita, el fiscal no podría ejercer su facultad de no iniciar la investigación dado que se lo impide el artículo 168 del Código Procesal Penal.

Así, podríamos encontrarnos ante la situación de que el Ministerio Público no pudiera ejercer los mecanismos contemplados en los artículos 167 y 168 del CPP por haberse producido la intervención del juez de garantía, pero no se encontrara en condiciones de formalizar la investigación porque, por ejemplo, no estima que se haya cometido delito alguno o bien, porque no tiene imputado contra quien formalizar.

En este sentido, hemos encontrado resoluciones que, con estricto apego a la literalidad de las normas, han sostenido que el fiscal no puede ejercer la facultad que le concede el artículo 248 letra c) sin que previamente haya formalizado la investigación. Es más, han existido resoluciones que no reconocen al fiscal la posibilidad de cerrar la investigación si ésta no ha sido previamente formalizada.

Su fundamento básico radica en el inciso final de la norma precitada que dispone que *“La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente **dejará sin efecto la formalización de la investigación**, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido”*.

El hecho de que uno de los efectos del ejercicio de la facultad de no perseverar consista, precisamente, en dejar sin efecto la formalización de la investigación es estimado, por algunos jueces de garantía, como la aseveración de que esta actuación (formalización de la investigación) necesariamente debe tener lugar en forma previa al ejercicio de la facultad.

Consideramos que claramente ello constituye un error y que la correcta interpretación de la norma implica entender que la formalización de la investigación quedará sin efecto en los casos en que efectivamente haya tenido lugar. En primer lugar, de no ser así, se dejaría sin solución todas aquellas situaciones en las que el fiscal carece de antecedentes suficientes para continuar seriamente con un procedimiento (ya sea en cuanto al hecho punible o, a las personas presuntamente responsables) sin que pueda ejercer los mecanismos antes mencionados (artículos 167 y 168 CPP) por existir impedimento legal al haber intervenido el juez de garantía, implicando mantener “formalmente” como abiertos y vigentes una cantidad de casos que no corresponden a la realidad del organismo persecutor. En segundo lugar, la idea de obligar al fiscal a formalizar investigación con la sola finalidad de ejercer la facultad señalada no resiste el mayor análisis desde una perspectiva puramente lógica: proceder a imputar cargos que el fiscal no cree que existan o a personas que no estima responsables, no tiene sentido alguno. Finalmente, pretender obligar al fiscal a realizar una actuación que es totalmente facultativa para el órgano persecutor despeja toda duda: el Ministerio Público es el órgano encargado, en forma exclusiva, de la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delitos, por lo tanto, es el ente legitimado en forma privativa para determinar cuándo formaliza una investigación y también cuándo y por qué la cierra (dentro de los plazos legales y judiciales fijados al efecto).

En este sentido, concordamos plenamente con el criterio establecido por la Corte de Apelaciones de Antofagasta que, conociendo de la impugnación deducida por el Ministerio Público en contra de la sentencia del Juzgado de Garantía de la misma ciudad que negó al Ministerio Público la posibilidad de cerrar la investigación y la

solicitud de realización de la audiencia prevista en el artículo 249 del Código del ramo, revocó tal resolución con fecha 1º de marzo de 2002.

El juez a quo había fundado su negativa en la circunstancia de que no se había indicado que hubiera precedido la formalización de la investigación. A este respecto la Corte razona de la siguiente forma:

(Considerando cuarto)

"Que no siendo suficiente explícita tal resolución, cabe colegir de ella que su fundamento lo sería el inciso final del artículo 248 del Código referido, en cuanto establece que la comunicación de la decisión contemplada en la letra del mismo texto legal, dejará sin efecto la formalización de la investigación, mencionando otros efectos que se derivan de la misma y que nos son atinentes al caso.

Partiendo del supuesto antes señalado, no puede menos que discreparse de tal planteamiento, puesto que, como lo señala el señor fiscal, la imposibilidad de que en esta investigación se hubiere procedido a la formalización de la misma, si se considera lo acreditado por ella y lo que sobre el particular dispone el artículo 229 del mismo Código, llevaría a que una vez concluida, no pudiera procederse en alguna de las formas que establece la Ley.

Cierto es que la decisión de no perseverar en el procedimiento, deja sin efecto la formalización de la investigación, pero debe entenderse que ello tendrá lugar para el caso que se hubiere producido la misma. El apego estricto al tenor literal de la ley, que al parecer se ha seguido, conduciría a una situación anómala que no pudo ser querida por la misma.

Por otra parte, más infundada resulta la negativa recaída en la comunicación del cierre de la investigación, puesto que siendo una facultad privativa del Fiscal, no resulta posible oponerse a ella".

Por consiguiente y aún reconociendo el punto como discutible, esta Fiscalía Nacional por razones prácticas y de conveniencia estima que puede emplearse la decisión de no perseverar en el procedimiento en el caso de que haya tenido intervención el juez de garantía, aún en el evento que el fiscal no haya formalizado la investigación por falta de antecedentes.

Lo anterior no significa que si el fiscal al término de la investigación deje de solicitar el sobreseimiento definitivo en la causa si estima que concurre alguna de las causales establecidas en el Art. 250 del C.P.P. Por Ej. si el fiscal estima que los hechos no son constitutivos de delito o si está claramente extinguida la responsabilidad penal.

Si el sobreseimiento definitivo no corresponde, deberá solamente comunicar que no ha decidido perseverar en la persecución del delito.

5. El ejercicio de la facultad de no perseverar en el procedimiento supone que la decisión del fiscal está fundada estrictamente en el mérito de la investigación y no es una decisión discrecional arbitraria.

Algunos expertos de la reforma procesal penal han comentado de que los fiscales han hecho un uso arbitrario de esta facultad, a veces por evitar las complejidades del juicio oral y en otras ocasiones por no valorar suficientemente las posibilidades de éxito de la acusación en el juicio oral.

Si bien hemos señalado que la facultad de no perseverar en el procedimiento es una institución bastante simple que el Código contempla y que el sistema entrega a la decisión exclusiva del órgano encargado de la persecución penal, no es menos cierto que, debido a sus consecuencias y efectos prácticos, se trata de un mecanismo que debe ser utilizado con estricto apego a la legalidad y a las directrices que pueden darse a nivel institucional.

En efecto, si bien para el imputado puede resultar como una salida muy bienvenida y, desde ese punto de vista, no generar mayores problemas, el tema radica en la impresión que al resto de los intervinientes y a la ciudadanía en general le puede merecer la adopción de esta decisión por parte del Ministerio Público.

Es evidente que, estando aún en una etapa preliminar en lo que es nuestro nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, aún en implementación, resulta muy importante obtener la validación de la opinión pública y que la misma no estime que el Ministerio Público no está cumpliendo fielmente sus funciones y llevando a cabalidad las investigaciones que se le han confiado (por la propia Carta Política). Dentro de una modificación que, como muchas veces se ha repetido, no sólo es jurídica sino también cultural como lo es la Reforma Procesal Penal, es fundamental que la población no vea truncadas sus expectativas respecto de la labor de persecución penal que la Fiscalía realiza.

Por tales motivos, se estima que la decisión contemplada en el artículo 248 c) del Código Procesal Penal debe tener un respaldo importante en la propia investigación de los fiscales, investigación que deberá haberse llevado de modo prolijo y acucioso y que, no obstante, por razones ajenas a la voluntad del fiscal a cargo, no ha generado buenas expectativas de éxito desde el punto de vista de la persecución penal.

Corroborar lo anterior, el hecho de que esta decisión del órgano encargado de la persecución penal pueda verse cuestionada en caso de que el querellante particular intente el mecanismo contemplado en el artículo 258, vale decir, el forzamiento de la

acusación, razón por la cual resulta más importante que dicha decisión se encuentre bien fundada.

A fin de que dichas decisiones revistan efectivamente un fundamento plausible y no se produzca una utilización distorsionada del mecanismo, se estima que las decisiones de no perseverar en el procedimiento deberán ser sometidas al conocimiento del fiscal jefe de cada fiscalía local y, en caso de que los hechos investigados correspondieren a un delito que mereciera pena aflictiva, deberán pasar por la revisión del Fiscal Regional correspondiente.

Este criterio de actuación ha sido expuesto en el último Consejo General del Ministerio Público, escuchándose la opinión de este organismo. Además, la mayor parte de los fiscales regionales ha expresado que ellos revisan las decisiones de no perseverar en el procedimiento, en especial si ellas han sido precedidas de una formalización de la investigación en contra del imputado.

El presente oficio deberá ser distribuido a los fiscales adjuntos, asesores jurídicos de las Fiscalías Regionales y ayudantes de fiscales, para su conocimiento y orientación en las materias que aquí se tratan, sin perjuicio del cumplimiento de los criterios de actuación contenidos en esta comunicación.

Las dudas y observaciones que surjan del estudio del presente oficio deberán ser canalizadas por intermedio de los fiscales regionales.

Saluda atentamente a UDS.,

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO

GPR/MHS/crz

OFICIO FN N° 558 /

Ant. : Oficio N° 407 de 25.09.01.

Mat.: Amplía, rectifica y precisa alcance del Of. 407 de 25.09.01 sobre comparecencia de los fiscales a declarar como testigos.

SANTIAGO, noviembre 18 de 2003

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO

A : SRES. FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAIS

Por oficio N°407, de 25 de Septiembre de 2001 se hizo llegar el análisis jurídico realizado a esa fecha sobre la comparecencia de los fiscales como testigos en juicios civiles, en procesos penales seguidos de acuerdo al Código de Procedimiento Penal y en juicios orales regulados por el Código Procesal Penal.

Situaciones puntuales generadas en la práctica, nos llevan a impartir las siguientes instrucciones sobre las circunstancias en que los fiscales están afectos a la prohibición de declarar y aquéllas en que sus cargos son incompatibles con la pretendida declaración testimonial.⁵⁵

I.- CAPACIDAD EN ABSTRACTO DE LOS FISCALES PARA DECLARAR

Como se desarrolló en el oficio citado, la doctrina procesal distingue, por una parte, entre la capacidad en abstracto para ser testigo, esto es, la capacidad en relación a cualquier proceso y, por otra, la capacidad en concreto, referida a un proceso determinado⁵⁶, la que también se denomina incompatibilidad.

⁵⁵ Se han producido dos casos en que los fiscales han sido citados a declarar a un juicio oral, a petición de la defensa. En un caso en Calama, se citó a la ex-fiscal que había llevado una investigación por delito sexual para que explicara cuales habían sido los motivos para no perseverar en el procedimiento y no acusar, diligencia a la que concurrió autorizada por el Fiscal Regional. En un segundo caso de juicio oral en Arica por tráfico de drogas, la defensa solicitó que se citara a un fiscal de la II Región, para que explicara su intervención en una entrega vigilada, audiencia a la que no concurrió porque se habría llegado a un acuerdo con la defensa.

⁵⁶ FLORIÁN distingue entre capacidad en abstracto y capacidad en concreto del testigo. A diferencia de la primera, señala este autor, la capacidad en concreto dice relación con un proceso determinado y adopta el nombre de *incompatibilidad* (véase *Elementos de derecho procesal penal*, Editorial Bosch, Barcelona 1969, pp. 344 y 345). Los motivos susceptibles de excluir la capacidad en concreto en relación a determinadas personas son las causas de incompatibilidad (que se derivan de las funciones que ejerce la persona en el proceso y de la función procesal en que la otra se encuentra) y los vínculos de parentesco del testigo con el inculpado. La distinción entre capacidad en concreto y en abstracto la hace suya LEONE (véase *Tratado de derecho procesal penal*, v. II, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1963, p. 243).

Se planteó que una de las innovaciones en materia probatoria del Código Procesal Penal ha sido la eliminación de las inhabilidades que pueden afectar a los testigos, a diferencia de las antiguas legislaciones procesales penales que contenían diversas hipótesis de **incapacidad en abstracto** para asumir el rol de testigo.

De acuerdo a ello, para el Código Procesal Penal, **en abstracto**, toda persona, tiene capacidad para ser testigo (incluso los menores de dieciséis años, quienes son testigos inhábiles según el Código de Procedimiento Penal). El artículo 309, inciso 1°, del Código Procesal Penal es categórico en este sentido, al señalar que: "En el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles"⁵⁷.

Sin embargo, mantiene las incapacidades en concreto para ser testigo.

En efecto, el **imputado** no puede declarar como testigo durante el juicio oral, pues las normas que regulan el status jurídico del testigo son incompatibles con la posición de parte acusada en el proceso penal. De este modo, por ejemplo, el testigo tiene la obligación de declarar y la de decir la verdad sobre lo que se le preguntare (298, inciso 1°), deber incompatible con el derecho que el Código Procesal Penal reconoce al imputado en el artículo 93 letra g) (guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento). Por otra parte, no se ve de qué forma se podría armonizar el mandato legal contenido en el inciso 1° del artículo 285, que señala que el acusado debe estar presente durante toda la audiencia, con lo dispuesto en el inciso final del artículo 329, norma que dispone que antes de declarar, los peritos y testigos no podrán comunicarse entre sí, ni ver, oír ni ser informados de lo que ocurriera en la audiencia. Como acertadamente señala CLARIÁ OLMEDO, la declaración del imputado no es testimonio en sentido propio porque ella está regulada para su defensa y no como medio de prueba⁵⁸. Por ello, el Código Procesal Penal contiene **normas particulares** que regulan la declaración del acusado durante el juicio oral en los artículos 326, inciso 3°, y 338, inciso final, distintas a las contenidas en el párrafo 5° del Título III del Libro Segundo. Tratándose del procedimiento simplificado, el Código Procesal Penal también trata separadamente la declaración del imputado y las declaraciones de los testigos (art. 396, inc. 1°).

Por otra parte, los **jueces** que integran el tribunal oral en lo penal, o el juez de garantía, si se trata de un procedimiento simplificado, tampoco pueden declarar como testigos en el juicio, pues es contradictorio que un juez valore su propio testimonio. Las labores de

⁵⁷ Por lo demás, así quedó establecido durante la tramitación del nuevo Código en el Congreso Nacional, donde se expresó "que cualquier persona podía declarar como testigo" y que se suprimían las inhabilidades en materia de prueba testimonial. Véase PFEFFER, Código Procesal Penal anotado y concordado, Edit. Jur. de Chile, Santiago 2001 p. 306.

⁵⁸ *Derecho Procesal Penal*, t. II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1998, p. 313.

apreciar una declaración testimonial y la de prestar una declaración que suponga un aporte cognoscitivo al procedimiento, son incompatibles⁵⁹.

En lo que se refiere a los **fiscales** que sostienen la acción penal pública en una causa concreta- **además de la obligación de guardar secreto a que me referiré más adelante**- tampoco pueden ser citados a declarar como testigos en razón al rol que cumplen. Se trata de roles que, atomizados en un solo sujeto, no pueden concebirse en forma armónica. Piénsese en cómo se daría cumplimiento, si el fiscal declarara como testigo, al requisito impuesto por el artículo 284 del Código Procesal Penal, que exige la presencia ininterrumpida del ministerio público en el juicio, cuando, por otra parte, el artículo 329, inciso final, del mismo Código señala que los testigos no pueden ver, oír ni ser informados de lo que ocurriera en la audiencia. O, en cómo podría el fiscal, presentado como testigo por la defensa, contrainterrogarse a sí mismo y ejercer la facultad que confiere al Ministerio Público el inciso 3° del artículo 329 del Código Procesal Penal. O, finalmente, de qué forma el fiscal que declarara como testigo podría objetar las preguntas engañosas que se le formularan, o que estuvieran destinadas a coaccionarlo ilegítimamente o fueren planteadas en términos poco claros.

II. CAPACIDAD EN CONCRETO DE LOS FISCALES PARA DECLARAR

Ahora bien, aun cuando el Código Procesal Penal haya eliminado las incapacidades en abstracto para ser testigo, ello no implica, en modo alguno, que también hayan desaparecido las incapacidades en concreto para serlo.

En lo que se refiere a los fiscales, su capacidad para declarar y la compatibilidad de su cargo con la declaración como testigo, debe analizarse desde la perspectiva de las distintas situaciones en que pueda encontrarse respecto al testimonio requerido.

a) Puede estar en conocimiento de hechos conocidos como resultado de la investigación que dirija y respecto de la cual tenga ese carácter, al momento de las audiencias de declaraciones testimoniales.

b) Puede estar en conocimiento de hechos con motivo de investigación que ha estado a su cargo, respecto de la cual no tenga la calidad de fiscal investigador al momento en que se requiera su testimonio, como ocurre como producto del turno, o bien, por haber tomado conocimiento de hechos como investigador de otro proceso vinculado al que origina la citación como testigo.

⁵⁹ FENECH, *Derecho procesal penal*, v. I, Editorial Bosch, Barcelona 1960, pp. 676 y 677. Recordemos que el propio Código Orgánico de Tribunales prevé como causal de recusación el haber el juez declarado como testigo en la cuestión actualmente sometida a su conocimiento (art. 196, n.º 9), lo que pone de manifiesto la imposibilidad de concordar los roles de juez y testigo.

c) Puede haber tomado conocimiento de hechos en el ejercicio de su función de fiscal, pero ajenos a investigaciones.

1.- HECHOS VINCULADOS CON LA INVESTIGACIÓN QUE ESTÁN O HAN ESTADO A CARGO DEL FISCAL

1.1- Obligación de confidencialidad en su calidad de fiscal investigador y de abogado.

- De acuerdo a lo previsto en los artículos 80 A y siguientes de la Constitución Política del Estado, y 42 y 44 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, los fiscales son los funcionarios a quienes el constituyente y el legislador confía, en forma exclusiva, la función de investigar los hechos constitutivos de delitos y de ejercer la acción penal pública.
- En su labor, ejerce una función pública y es custodio de los antecedentes que recaba y de su secreto frente a terceros, en la etapa de investigación (artículo 182 del Código Procesal penal)
- También está obligado a guardar secreto como profesional abogado.
- Sobre la materia el inciso final del artículo 8° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, relativo al principio de probidad a que están afectos los fiscales, dispone que: *“La publicidad, divulgación e información de los actos relativos a o relacionados con la investigación, el ejercicio de la acción penal pública y la protección de las víctimas y testigos, se regirán por la ley procesal penal.”*
- El artículo 2° de la misma Ley establece que este organismo realizará sus actuaciones procesales a través de cualquiera de los fiscales que, con sujeción a lo dispuesto en la ley, intervenga en ella. Agrega que los fiscales dirigirán la investigación y ejercerán la acción penal, con el grado de independencia, autonomía y responsabilidad que establece esta ley.
- Por otra parte, su artículo 42 prescribe que es requisito para ser designado fiscal y para desempeñarse en el cargo, tener el título de abogado.
- Esta última exigencia, esto es, el detentar el título de abogado como requisito de nombramiento y de desempeño del cargo de fiscal no sólo está vinculado a los conocimientos que ello supone, sino que a la confidencialidad que le impone ese título. De este modo, el fiscal está afecto al secreto profesional que debe a su cliente, siendo en este caso el Estado, el cual le confía la función de investigar que le corresponde, en su calidad de abogado.

- El artículo 303 del Código Procesal Penal dispone textualmente que:
“ Art.303. Facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto. Tampoco estarán obligados a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiere a dicho secreto”.
“Las personas comprendidas en el inciso anterior no podrán invocar la facultad allí reconocida cuando se les relevare del deber de guardar secreto por aquel que lo hubiere confiado”
- Sobre la materia, cabe traer a colación lo previsto en los incisos 1° y final del artículo 182 del Código Procesal Penal que disponen que las actuaciones de investigación serán secretas para terceros ajenos al procedimiento, y que los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieren conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas.
- Esta norma es un fundamento más para que los fiscales hagan valer la improcedencia de ser citados a declarar como testigos respecto a antecedentes que manejen por investigaciones vinculadas, respecto a hechos en etapa de investigación, argumentación que se agrega al secreto profesional que lo ampara y la incompatibilidad de roles que se indica a continuación.

1.2- Incompatibilidad.

Además de lo ya señalado respecto a la obligación de confiabilidad, resulta materialmente incompatible el desempeño de fiscal con su eventual testimonio.

Esta incompatibilidad surge de la naturaleza de su rol de investigador por cuenta del Estado, con el de servir de medio de prueba para los hechos que investigue.

El fiscal es un interviniente cuya principal función es dirigir en forma exclusiva la investigación para ejercer la acción penal pública en su oportunidad, de acuerdo a lo previsto en los artículos 1° de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 3 y 77 de del Código Procesal Penal.

Esa función se desnaturalizaría si el fiscal debe oficiar como testigo en el proceso en que sostiene la acción penal, que en relación a la declaración testimonial es regulado por el artículo 329 del señalado Código.

Pero, además, la imposibilidad referida de ser fiscal acusador y testigo a la vez, es consecuencia de la incompatibilidad material de su comparecencia en la audiencia como fiscal facultado para interrogar o contrainterrogar al testigo o para cuestionar la

validez de la prueba rendida, con el de persona ajena al proceso que comparece a éste para testimoniar sobre hechos que le consten.

Se trata de una incompatibilidad similar a la que se produce con el de testigo y de sentenciador en el mismo proceso.

1.3. Delito tipificado por la legislación.

El secreto a que están obligados los fiscales, queda comprendido entre aquellos a que se refiere el artículo 246 del Código Penal, que tipifica como delito, la actuación del funcionario público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio.

De consiguiente, los fiscales deben negarse a prestar declaración testimonial sobre hechos que hayan investigado, o relativos a investigaciones, de los cuales hayan tomado conocimiento en su calidad de funcionarios, sin perjuicio de concurrir a la audiencia cuando ello sea compatible, haciendo valer la excepción del artículo 303 del Código Procesal Penal y la obligación de guardar secreto según lo previsto en el artículo 182 del Código Procesal Penal y en su calidad de abogados.

Esta argumentación es válida tanto cuando un fiscal es citado a declarar sobre hechos respecto de los cuales ha dejado de oficiar como fiscal, como cuando se lo cita en procesos vinculados con otra investigación a su cargo, a fin que declare sobre éstos, ya sea que esta investigación se encuentre en etapa preliminar o formalizada o en que se haya ejercido acción penal.

2.- HECHOS NO VINCULADOS CON INVESTIGACIONES.

El artículo 63 letra c) de la Ley Orgánica del Ministerio Público dispone textualmente:

“Los fiscales que se desempeñen en el Ministerio Público estarán afectos a las siguientes prohibiciones:

c) Comparecer, sin previa comunicación a su superior jerárquico, ante los tribunales de justicia, como parte personalmente interesada, testigo o perito, respecto de los hechos de que hubiere tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones, o declarar en procedimiento en que tenga interés el Estado o sus organismos.”

Conforme a esa norma, si son llamados a declarar sobre hechos de que hubieren tomado conocimiento en el ejercicio de sus cargos, pero no como investigadores, deben comparecer a declarar y prestar su testimonio, con previa comunicación a su superior.

Ejemplo de ello sería la citación para declarar respecto al hurto de que haya sido víctima otro funcionario del Ministerio Público, o la propia entidad.

En el conocimiento que adquiera de la citación, el jefe superior podrá representar al fiscal las prohibiciones que lo afecten para concurrir a declarar como testigo, o para testificar, cuando ello ocurra.

CONCLUSIONES

De lo expuesto anteriormente, se extraen las siguientes conclusiones:

a) En nuestro ordenamiento, la capacidad para ser testigo en relación a cualquier proceso (capacidad en abstracto) no tiene excepciones: todos los individuos son hábiles para ser testigos, independientemente de su edad, de sus condiciones psíquicas, del modo en que conduzca su vida, de la profesión u oficio que desempeñe, etc. Por lo tanto, también los fiscales del Ministerio Público cuentan con tal capacidad.

Al respecto conviene destacar que en el derecho alemán se contempla la posibilidad de que los fiscales depongan como testigos en juicio, a diferencia de lo que ocurre en la legislación italiana, por existir una norma específica sobre la materia⁶⁰.

b) Sin perjuicio de lo anterior, el Código Procesal Penal mantiene incompatibilidades en concreto para ser testigo, las que alcanzan a los **fiscales que sostienen la acción penal en el juicio, y a los que han participado en las investigaciones, aun cuando no sean los sostenedores de la correspondiente acción.**

Si la defensa del imputado o el querellante, solicitaran que un fiscal declare como testigo en esas condiciones, el sostenedor de la acción penal pública deberá, en la audiencia de preparación del juicio oral, solicitar la exclusión de la prueba, en razón del secreto referido y, en su caso, por no poder asumir en el juicio oral, roles procesales incompatibles.

c) Si el fiscal sostenedor de la acción penal no obtiene resolución favorable sobre la exclusión del testimonio como medio de prueba, deberá comparecer a la audiencia para hacer valer su obligación de guardar secreto.

Lo anterior es sin perjuicio de los recursos procesales que sean procedentes y que corresponda ejercer.

En definitiva el fiscal citado deberá atenerse a lo que resuelva el tribunal, sin que su declaración, en el caso de obedecer a una orden judicial, constituya una

⁶⁰ El artículo 197 del Código de Procedimiento Penal italiano señala que no pueden testificar aquellos que en el mismo proceso desempeñen o hayan desempeñado la función de juez, ministerio público o sus auxiliares.

infracción a la incompatibilidad o prohibición a que esté afecto, ni una violación del secreto profesional.

d) Los fiscales citados a declarar como testigos sobre hechos no vinculados a las investigaciones, deben declarar, previa comunicación a sus jefaturas, cuando se trata de hechos de que han tomado conocimiento en el ejercicio de sus cargos.

e) En cambio, no están obligados a efectuar tal comunicación cuando se trata de hechos que han conocido con independencia del ejercicio de sus cargos, como pudiera ser, en el caso de presenciar un asalto, lo que no obsta a que formule la consulta en caso de duda.

f) La función del Jefe Superior, es tomar conocimiento y si resulta necesario, orientar al fiscal sobre la obligación que les asiste. De este modo, se trata de una información y no de solicitud de autorización, sin que el Fiscal Regional tenga un papel decisivo.

En consecuencia, con lo expuesto se complementa el oficio 407 de 25 de septiembre de 2001, y se le modifica en el párrafo II, su numeral 12 eliminando el inciso final.

Estos criterios de actuación han sido expuestos en el último Consejo General del Ministerio Público, escuchándose la opinión de este organismo.

El presente oficio deberá ser distribuido a los fiscales adjuntos, asesores jurídicos de las Fiscalías Regionales y ayudantes de fiscales, para su conocimiento y orientación en las materia que aquí se tratan, sin perjuicio del cumplimiento de los criterios de actuación contenidos en esta comunicación.

Las dudas y observaciones que surjan del estudio del presente oficio deberán ser canalizadas por intermedio de los Fiscales Regionales.
Saluda atentamente a UDS.,

**GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO**

GPR/SMG/crz

OFICIO FN. N° 561 /

ANT. : Instructivo General N° 32 y Oficio N° 588 de 18.11.02 sobre prueba testimonial por anticipada.

MAT.: Amplía instrucciones respecto de la prueba anticipada, sea testimonial o pericial.

SANTIAGO, noviembre 19 de 2003

DE : FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO

A : FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAIS

En el instructivo general N° 32 enviado por oficio N° 237 del 12.12.00, en sus N°s 19 y 20 y en el oficio N° 588 de 18.11.02, esta Fiscalía Nacional se refirió a la prueba testimonial anticipada prevista en los artículos 191, 192, 280 y 331 letra a) del Código Procesal Penal.

Se ha estimado ampliar los conceptos contenidos en dichos instructivos, con el objeto de precisar algunos aspectos que dan origen a problemas de interpretación y además referirse al tema de la prueba pericial anticipada, ya que si bien el nuevo Código Procesal Penal contempla la posibilidad de solicitar una prueba anticipada durante la etapa de investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral, en los Arts. 191, 192, 280 y 331, letra a), estas disposiciones, sin embargo, presentan una serie de vacíos e insuficiencias, cuyo análisis y posibles soluciones constituyen el objeto del presente oficio.

La ampliación de los criterios y orientaciones en esta materia se hace además muy necesario porque la práctica de la reforma en estos primeros tres años está evidenciando que existen dificultades crecientes en los testigos y peritos para trasladarse al lugar del juicio oral y prestar oportunamente su declaración.

1. Concepto de prueba anticipada

Una primera cuestión que es preciso dilucidar es en qué consiste la prueba anticipada. En doctrina se distingue entre *prueba anticipada* y *prueba preconstituida*, que si bien son conceptos afines, no son absolutamente idénticos. Pero en todo caso, tanto una como otra apuntan a una prueba que se produce *antes* de la oportunidad en que debiera hacerse, que, como bien sabemos, no es otra que el *juicio oral*, puesto que es la etapa en que tiene lugar el juicio propiamente tal, constituyendo todas las anteriores actuaciones una mera preparación del mismo.

Teniendo en común la característica ya anotada, lo que distingue a la prueba preconstituida de la prueba anticipada es que, en la primera, el medio de prueba se produce incluso *con anterioridad a la existencia de un conflicto*, precaviendo que éste pueda llegar a ocurrir en el futuro⁶¹. Ejemplo por antonomasia de esta clase de pruebas son los *documentos*, especialmente las escrituras públicas y privadas, mediante las cuales se deja constancia de los términos de un contrato. Si bien el campo de acción de las pruebas preconstituidas parece ser el procedimiento civil, donde predomina el documento como medio de prueba, también tienen aplicación en el proceso penal, como cuando en los bancos y grandes tiendas se instalan cámaras fotográficas o circuitos de televisión para grabar la comisión de posibles delitos en el interior de los mismos. Otro ejemplo serían las nuevas técnicas para facilitar la averiguación de delitos de narcotráfico, tales como la infiltración de agentes encubiertos o la práctica de entregas vigiladas.

En la prueba anticipada, en cambio, la prueba se produce con *posterioridad* a la ocurrencia del hecho que da origen al proceso. Aquí nuevamente es preciso hacer algunas distinciones, derivadas, a su vez, de la necesidad de fijar ciertos medios de prueba *perecibles*, esto es, aquellos que pierden su virtud probatoria por el simple transcurso del tiempo. Ejemplos de este tipo de prueba son los exámenes físicos a que son sometidos quienes han sido víctima de delitos que afecten de alguna manera su cuerpo (homicidio, lesiones, delitos sexuales, etc.) o los análisis de laboratorio de muestras orgánicas, tales como sangre, semen, pelos, etc., con el fin de individualizar a la persona a que corresponden, o bien pesquisar la presencia de alguna sustancia química en ellos (tales como veneno, alcohol, estupefacientes, etc.). Caen también dentro de esta categoría de pruebas anticipadas la inspección ocular y la fijación fotográfica o por otros medios de ciertos objetos o lugares, como por ejemplo, el aspecto que presentaba el lugar en que sucedieron los hechos. Si bien es cierto que todo medio de prueba pierde su aptitud probatoria pasado algún tiempo, en los casos nombrados esto ocurre en un lapso muy breve, de manera que es necesario fijarlos de inmediato, aunque se vayan a presentar en el juicio mucho después. Es lo que algunos autores denominan "pruebas en conserva".

Pero el concepto de prueba anticipada que recoge el Código Procesal Penal es otro, pues no atiende al carácter intrínsecamente perecible de la prueba, **sino a la imposibilidad de rendirla en el momento y lugar donde haya de realizarse el juicio oral, o más exactamente, a la probabilidad de que ello ocurra.**

⁶¹ Cfr. Herman Rincón Cuéllar, "La práctica y aseguramiento de las pruebas en el proceso penal: la prueba preconstituida y la prueba anticipada" (documento digital)

2. Carácter excepcional de la prueba anticipada⁶²:

Congruente con los principios de oralidad, intermediación, contradicción y transparencia, que informan el nuevo proceso penal, el legislador ha tenido especial cuidado de que sólo puedan considerarse pruebas las que se produzcan de manera inmediata y directa en el juicio oral, ya que sólo de esa manera se garantiza que los jueces formen su convicción sobre la base de pruebas que ellos han presenciado por sí mismos. Así lo dicen expresamente los Arts. 296, 291, 334 y 339 del C.P.P.

Pero, además, tratándose de la prueba testimonial, el principio de contradicción obliga a que ésta se rinda de manera tal que permita siempre a los demás intervinientes contrainterrogar a los testigos, con el fin de comprobar que se trata realmente de medios de prueba fiables y capaces de formar la convicción de los juzgadores, según lo prevé el Art. 329 del nuevo C.P.P.

Conforme a lo expuesto, los problemas que plantea la prueba anticipada derivan de la necesidad de compatibilizar su carácter anómalo con los principios rectores del juicio oral; en otras palabras, las garantías que es preciso observar para que pueda tener el mismo valor que las pruebas rendidas en el juicio oral.

De ahí que la regulación de la prueba anticipada en las disposiciones precedentemente citadas se refiere fundamentalmente a los siguientes aspectos: a) Especies de prueba que se pueden rendir anticipadamente; b) Circunstancias que la hacen procedente; c) Oportunidad en que se puede rendir; d) Tribunal ante el cual se rinde; e) garantías que deben observarse; f) Prueba anticipada en el extranjero y g) Forma de hacerla valer en el juicio oral.

3. Regulación de la prueba anticipada en el Código Procesal Penal

a) Especies de prueba en que procede la prueba anticipada

Del carácter excepcional de la prueba anticipada se desprende que sólo pueden rendirse en esa forma los medios de prueba que la ley expresamente contempla. Tales medios de prueba son dos: la **prueba testimonial** y la **pericial**⁶³. Aunque, si bien se mira, pueden reducirse a la sola prueba testimonial, teniendo en cuenta que el tratamiento que tiene la prueba pericial en el nuevo código (Arts. 329 y ss. y 280) la

⁶² Sobre el carácter excepcional de la prueba anticipada puede verse Asencio Mellado, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, Ed. Trivium, 1989, págs. 171 y ss.

⁶³ Interesa destacar que el Proyecto original del Ejecutivo contemplaba solamente a los testigos, pero no a los peritos, y además, la inspección personal del tribunal. La Cámara agregó a los peritos, y el Senado, por su parte, eliminó la inspección personal (cfr. Londoño, Moisés, Praetorius y Ramírez, *Reforma Procesal Penal. Génesis, historia sistematizada y concordancias*, Santiago, Ed. Jurídica, 2003, tomo II, págs. 456 y ss.)

equipara a la testimonial⁶⁴, con la salvedad de que el perito declara sobre la base de la pericia previamente efectuada, de manera que constituye una prueba compleja.

De manera que, en conformidad con los Arts. 331, letra a), 280 y 191 sólo pueden rendirse anticipadamente las declaraciones de testigos y de peritos.

De modo que la prueba pericial no está excluida de la prueba anticipada que el fiscal puede solicitar durante la investigación y de accederse a ella, los peritos deberán concurrir a declarar como testigos sobre la base de un informe pericial que ellos hayan previamente acompañado a la investigación.

b) Circunstancias que autorizan para rendir prueba anticipada

El Art. 331, letra a) enumera las siguientes circunstancias en que deben hallarse los testigos o peritos para que a su respecto sea procedente la prueba anticipada:

- 1) fallecimiento o imposibilidad física o mental sobrevinientes;
- 2) ausencia del país;
- 3) residencia desconocida, y
- 4) cualquier otro motivo difícil de superar que les imposibilite declarar en el juicio

Por su parte, el Art. 191 menciona como circunstancias habilitantes para rendir prueba anticipada el tener que ausentarse a gran distancia, la existencia de motivos que hicieran temer que se produzca la muerte o la incapacidad física o mental, **o algún otro obstáculo semejante**.

Como se advierte, ninguna de las dos normas contempla causales taxativas, sino que ambas admiten una interpretación analógica de las circunstancias que cada una de ellas contempla, esto es los conceptos de "cualquier otro motivo difícil de superar que les imposibilite declarar en el juicio" y "algún otro obstáculo semejante" admiten aplicarse en forma extensiva, según sean los casos concretos de que se trate.

De otra parte, si se comparan las causales expresamente previstas en cada una de las normas citadas, se observa que no existe congruencia absoluta entre ellas, puesto que el Art. 191 no exige que el testigo o perito se encuentre fuera del país, bastando que se encuentre a gran distancia.

⁶⁴ Así, el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados se refiere a los peritos como "testigos peritos o testigos expertos" (cfr. Londoño y otros, op. y loc. cit., pág. 599).

La mayor dificultad la presenta, sin embargo, la situación a que se refiere en primer lugar el Art. 331, cual es **la muerte o incapacidad física o mental no previstas**, es decir, súbitas, de modo que no se haya podido rendir prueba anticipada con observancia de los resguardos que señala el Art. 191, según la misma disposición lo exige. En esto hay un contrasentido de la norma, porque parte diciendo que se podrá dar lectura a los registros en que consten las declaraciones de personas que hubieren fallecido o caído en incapacidad, sin distinguir si la muerte o la incapacidad fue previsible o no, para limitar luego la aplicación de la norma sólo a los casos en que se haya procedido en conformidad al Art. 191, para lo cual habría sido necesario prever la ocurrencia de tales hechos. Por lo demás, la exigencia de previsibilidad va en contra de la realidad, pues no toda muerte o incapacidad física o mental es susceptible de prever, como ocurre en los accidentes o enfermedades que se presentan repentinamente.

En la práctica, las razones más invocadas hasta ahora para solicitar la prueba anticipada han sido la de tener residencia o encontrarse de viaje en el extranjero, el traslado de sus funciones a un lugar distante del que se debe realizar el juicio, la necesidad de someterse a una intervención médica (por ejemplo, parto) o quirúrgica, la existencia de una enfermedad grave y/o incurable, etc. etc.

c) *Oportunidad para rendir la prueba anticipada.*

El Código menciona solamente la etapa de investigación (Art. 191) y la audiencia de preparación del juicio oral (Art. 280), pero nada dice respecto a que pueda rendirse después de esta última actuación y antes del juicio oral, no obstante que por definición la prueba anticipada es la que se rinde antes de que se realice el juicio oral, por lo que debería ser posible hasta que se realice el juicio⁶⁵, más aún si se trata de impedimentos surgidos en el último minuto, imposibles de prever con anterioridad. Pero atendidos los estrechos límites en que está regulada esta forma excepcional de prueba, sería muy difícil que prosperara una petición en tal sentido.

Con respecto a la prueba que se rinde durante la etapa de investigación, ella no ofrece mayores problemas, porque puede solicitarse en cualquier momento mientras dure dicha etapa, la cual se extiende por un lapso más o menos prolongado, debiendo sólo tener cuidado de solicitarla con la suficiente antelación para que pueda autorizarse, efectuarse las citaciones que corresponda y rendirse antes de que se produzca el evento que la justifica y antes de que transcurran las oportunidades procesales en que se admite.

⁶⁵ Así estaba previsto en el Anteproyecto de Código Procesal Penal y en el Proyecto del Ejecutivo, pues se referían al "procedimiento intermedio", expresión que fue reemplazada por la que figura en el texto legal ("audiencia de preparación del juicio oral") por la Cámara de Diputados, restringiendo considerablemente la aplicación de la prueba anticipada.

De los artículos 191 y 192 del C.P.P., se desprende claramente que durante la investigación sólo le compete al fiscal solicitar prueba anticipada al juez de garantía, derecho que carecen el resto de los intervinientes, tales como el imputado y su defensor, la víctima y el querellante. A lo sumo, éstos si necesitan una prueba anticipada deberán hacerlo a través del fiscal que en esta materia debe actuar en forma objetiva.

En el caso de la audiencia de preparación del juicio oral, la ley se limita a decir que durante ella se podrá *solicitar*, pero no especifica si se puede rendir durante la misma audiencia (en cuyo caso debería concurrir a ella el testigo o perito de que se trate) o si, por el contrario, una vez autorizada la rendición anticipada de la prueba, debe suspenderse la audiencia para recibir la prueba en otra audiencia especialmente convocada al efecto. Pensamos que cualquiera de las dos alternativas es posible⁶⁶, pero en todo caso la prueba anticipada debe rendirse ante el juez de garantía y antes de dictarse el auto de apertura del juicio oral.

Al revés de lo que ocurre con la prueba anticipada durante la investigación, el Art. 280 del C.P.P. no circunscribiría la petición al fiscal sino que podrían solicitarla los demás intervinientes, aún cuando la remisión al Art. 191 hace discutible el asunto porque esta última norma sólo se refiere al fiscal.

Finalmente, es obvio que las preferencias del inciso 2° del Art. 280 del C.P.P. a “las normas del Párrafo 3° del Título VIII del Libro Primero”, son manifiestamente equivocadas porque el párrafo aludido fue suprimido en las revisiones finales legislativas del nuevo Código. En el anteproyecto modificador del C.P.P. preparado por el Ministerio de Justicia a fines de 2002, se sustituye esta referencia por la frase “Párrafo 6° del Título III del Libro Segundo”.

d) Tribunal ante el cual se rinde.

Sea que la prueba anticipada se rinda durante la etapa de investigación o en la etapa intermedia (audiencia de preparación del juicio oral o audiencia especialmente convocada), el tribunal ante el cual ha de rendirse es el juez de garantía, según dispone el Art. 191, al que se remiten los Arts. 280 y 331, letra a).

Al respecto conviene tener presente que en el Proyecto de nuevo Código Procesal Penal el tribunal competente para recibir la prueba anticipada cuando ésta se solicitaba durante la etapa intermedia (cuya duración se extiende desde el cierre de la investigación hasta la audiencia de juicio oral) era el tribunal de juicio oral. Pero la

⁶⁶ En un caso de la Fiscalía de Curicó, se solicitó rendir prueba pericial anticipada en la audiencia de preparación del juicio oral, pero la juez de garantía no dio lugar a ella, aunque fundó la negativa en no ser suficiente la causal invocada, y no en la oportunidad para rendirla.

Cámara de Diputados fue contraria a esa solución, estimando preferible que se rindiera ante el juez de garantía, porque la composición del tribunal de juicio oral podría variar como consecuencia de eventuales recusaciones⁶⁷. En consecuencia, el único tribunal habilitado para recibir la prueba anticipada es el juez de garantía, con lo cual no se respeta el principio de intermediación, ya que quien percibe directamente la prueba no es el mismo tribunal encargado de fallar el asunto. **Pero aquí, al parecer, primaron razones de orden práctico por sobre los principios.**

e) Garantías que deben observarse

Decíamos más arriba que la regulación de la prueba anticipada intenta conciliar la necesidad de contar con una prueba que puede ser valiosa con las garantías del nuevo proceso penal, particularmente las de la oralidad y contradicción. De ahí que el inciso 3° del Art. 191, que constituye la norma básica sobre la materia, disponga que cuando el juez de garantía acoja la solicitud de prueba anticipada, deberá citar a todos los intervinientes a la audiencia en que ella deba recibirse, a objeto de que puedan ejercitar los mismos derechos que la ley les reconoce en el juicio oral. Tales derechos son los que señala el Art. 329 y consisten fundamentalmente en la posibilidad de que cada parte pueda interrogar tanto a los testigos y peritos presentados por ella misma como a los presentados por los demás intervinientes (Art. 329, inc. 3°). Asimismo, cualquiera de las partes puede pedir que vuelvan a declarar las personas que ya lo hubieren hecho (Art. 329, inc. 5°).

f) Prueba anticipada en el extranjero

El Art. 192 permite que pueda rendirse prueba anticipada en el extranjero, a petición del fiscal, cuando concurren las mismas circunstancias que la hacen procedente dentro del país. En tal caso, la prueba puede rendirse ante el cónsul chileno o ante los tribunales del lugar donde se encuentre el testigo o perito, tramitándose la respectiva solicitud por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En el caso de que la prueba se rinda ante un cónsul chileno⁶⁸, se aplican las mismas normas del Código Procesal Penal. Pero si se realiza ante un tribunal extranjero, dada la característica de las normas procesales de regirse por el lugar en que se desarrolla el proceso (lo que suele designarse mediante la locución latina *locus regit actum*), la audiencia tendrá que conformarse a las leyes locales del país en que tenga lugar, pero siempre con la concurrencia de todos los intervinientes. Las dificultades apuntadas más

⁶⁷ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados (cfr. Londoño y otros, op. y loc. cit., pág. 460).

⁶⁸ El cual no requiere ser abogado, lo que puede dar lugar a problemas en cuanto a la interpretación de las normas aplicables o incidir en una inadecuada conducción de la audiencia, debido a su falta de experiencia en la materia.

arriba respecto a los gastos de desplazamiento son aquí obviamente mucho mayores que en el caso de prueba dentro del territorio nacional, lo que, a nuestro juicio, transforma esta posibilidad más bien en teórica que en real, salvo que se trate de juicios de una gran trascendencia.

De ahí que, ya se trate de pruebas que deban rendirse dentro del país o fuera de él, la mejor solución es hacerlo coetáneamente al juicio oral mediante videoconferencia, técnica de transmisión simultánea de imagen y sonido, que permite interactuar entre los puntos de emisión y recepción de las señales, garantizando así los principios de oralidad, inmediación y contradicción, amén de hacerlo a un costo que, aunque subido, es siempre inferior al que ocasiona el desplazamiento de todos los intervinientes. Adicionalmente, tiene también la ventaja de que la prueba se rinde íntegramente conforme a las leyes procesales chilenas.

g) Forma de hacerla valer en juicio

En el caso de que el fiscal haya obtenido una prueba anticipada, sea testimonial o pericial, debe incluirla dentro de los medios probatorios que ofrece para probar los hechos de la acusación y solicitar en la audiencia del juicio oral se de lectura a la prueba anticipada o se escuche su contenido mediante el correspondiente CD.

Por ello, podría ser motivo de un rechazo del tribunal del juicio oral la pretensión del fiscal de incorporar por primera vez la prueba anticipada durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral sin haberla ofrecido en la oportunidad legal correspondiente, esto es en la acusación o durante la audiencia de preparación del juicio oral en el evento que se haya decretado en esta última.

Por consiguiente, en el auto de apertura del juicio oral debería incluirse la prueba anticipada que haya obtenido el fiscal y si se resuelve excluirla, habrá que deducir el correspondiente recurso de apelación.

4. La prueba anticipada en los procedimientos simplificado y abreviado

No obstante que la ley nada dice sobre la eventual aplicación de la prueba anticipada en los procedimientos simplificado y abreviado, ya que siempre discurre sobre la base del juicio oral, estimamos que no habría inconveniente alguno para solicitarla dentro de ellos cuando concurren las mismas circunstancias que la hacen procedente en el juicio ordinario.

Ahora bien, tratándose del procedimiento simplificado en que se trata de un proceso concentrado y las pruebas se rinden en la misma audiencia o en otra posterior inmediata, podría pensarse que casi no tiene ninguna utilidad la prueba anticipada. Sin embargo, puede ser que antes de efectuarse el requerimiento para el procedimiento

simplificado, el fiscal haya practicado una investigación preliminar y durante ella ha estimado del caso solicitar una prueba anticipada por concurrir las circunstancias legales del caso. Es indudable que si ha sido prestada en las condiciones previstas en los Arts. 191 y 192, tal prueba es válida y puede ser ofrecida al juez de garantía en la audiencia del juicio simplificado.

También, tratándose del procedimiento abreviado, dado que éste se solicita después de cerrada la investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral, es perfectamente posible el fiscal haya hecho uso de la prueba anticipada durante la investigación y en base al mérito de ésta y de otros antecedentes haya formulado acusación.

Por consiguiente, si el acusado acepta el procedimiento abreviado y los hechos de la acusación, incluye en ello las pruebas en que se haya fundado la acusación y por cierto entre éstas está la prueba testimonial y pericial anticipada.

5. Valor probatorio de la prueba anticipada

Sea que la prueba anticipada se haga valer en el juicio oral o en un procedimiento simplificado o abreviado, tiene el mismo valor que la prueba rendida de manera inmediata y directa en el juicio que se desarrolle ante el tribunal del juicio oral o el juez de garantía, respectivamente, a condición de que se haya rendido ante quien corresponda y se hayan observado las garantías que exige el Art. 191, es decir que se haya realizado en presencia de todos los intervinientes y que éstos hayan tenido la posibilidad de interrogar y contrainterrogar al testigo o perito de que se trate.

El presente oficio deberá ser distribuido a los fiscales adjuntos, asesores jurídicos de las Fiscalías Regionales y ayudantes de fiscales, para su conocimiento y orientación en las materias que aquí se tratan.

Las dudas y observaciones que surjan del estudio del presente oficio deberán ser canalizadas por intermedio de los fiscales regionales.

Saluda atentamente a UDS.,

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO

GPR/SPW/crz

OFICIO FN N° 601 /

ANT.: No hay.

MAT.: Orientaciones sobre la acción de revisión en el nuevo proceso penal.

SANTIAGO, diciembre 18 de 2003.

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : SRS. FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAÍS

Como es de conocimiento de Uds., la Fiscalía Nacional se ha referido a los recursos procesales en distintos instructivos y oficios, entre los cuales cabe mencionar el instructivo general N° 17 sobre disposiciones generales; el N° 18 sobre recurso de reposición; los N°s 21 y 22 sobre recursos de apelación; el N° 28 sobre recursos de nulidad; el N° 51 sobre procedimiento de amparo; el N° 64 sobre recurso de queja, etc.

Luego de tres años de aplicación de la reforma y sin que hasta la fecha se haya presentado ninguna acción de revisión de alguna sentencia firme, se hace conveniente referirse a este importante tema que no ha sido tratado en general por la literatura jurídica de la reforma procesal penal.

Por consiguiente, se envía a continuación una orientación general de este tema, sin perjuicio de ampliaciones o precisiones futuras que sean necesarias.

I. Generalidades: regulación, naturaleza jurídica y concepto.

La revisión de sentencias firmes se encuentra regulada en el párrafo 3° del Título VIII del Libro IV del Código Procesal Penal, esto es, el título relativo a la "Ejecución de las sentencias condenatorias y medidas de seguridad" en el libro correspondiente a los "Procedimientos Especiales y Ejecución", artículos 473 a 480.

Esta nueva ubicación en la regulación de este instituto presenta un avance respecto de la legislación anterior, puesto que el Código de Procedimiento Penal lo regulaba en el Libro III relativo a los "Procedimientos Especiales", dentro del cual ocupaba el Título VII, denominado "De la revisión de las sentencias firmes", no contemplándose, por tanto, en lo relativo a la ejecución de las sentencias.

El tema de la ubicación tiene que ver con la naturaleza jurídica misma de esta institución. En efecto, durante mucho tiempo y en muchas legislaciones este mecanismo ha sido denominado "Recurso de Revisión", no obstante, su naturaleza como "recurso" es algo que ha sido cuestionado también desde hace bastante tiempo.

El cuestionamiento pasa por el reconocimiento de que los recursos, en sentido técnico procesal, constituyen medios de impugnación de resoluciones que aún no se encuentran ejecutoriadas, vale decir, que están pendientes, con el objeto precisamente de que dicha resolución no llegue a encontrarse en dicho estado sin que en forma previa sea modificada o, simplemente, que sea invalidada o revocada sin llegar a alcanzar el estado referido. En este sentido, resulta claro que no podemos hablar de "recurso" respecto de un mecanismo que se dirige en contra de una resolución que ya adquirió el carácter de firme.⁶⁹

En el debate parlamentario que tuvo lugar con ocasión de la dictación del Código Procesal Penal se dejó constancia de esta situación, según lo demuestra la historia fidedigna del establecimiento de dicho cuerpo legal: "El Senado acordó que la solicitud que se hace a la Corte Suprema para que revea una sentencia firme condenatoria y la anule, no es propiamente un recurso, entendiendo por tal la impugnación que se hace de alguna resolución judicial antes de que quede ejecutoriada. Es, con mayor propiedad, una acción que pretende enervar el cumplimiento de la sentencia y, en ese sentido, prefirió cambiar de ubicación las disposiciones que la regulan, trasladándolas al Título VII del Libro IV, que trata precisamente sobre la ejecución de las sentencias firmes".⁷⁰

Consecuente con dicha constatación, el Senado adecuó formalmente cada una de las disposiciones que aludían a la revisión como un recurso, pasando a referirse a una solicitud y todo lo que de ello derivara.

De acuerdo a lo expuesto y "(...) desde el punto de vista terminológico, el legislador procesal penal siempre ha sido más sabio y exacto que el legislador civil, ya que el Código de Procedimiento Penal se refiere a ella como "la revisión de las sentencias firmes" y no "Recurso de Revisión", como lo hace su homónimo civil. En el nuevo Código Procesal Penal no cabe duda en cuanto a su carácter de acción declarativa, dado que la revisión no se regula dentro del Libro III "Recursos" sino que en el párrafo

⁶⁹ Según sabemos, no es el único caso en que el término "recurso" no es empleado correctamente en nuestra legislación y, así, encontramos las acciones constitucionales de protección y amparo que, aún cuando puedan llegar a dirigirse en contra de una resolución judicial e, incluso, en caso de que dicha resolución no se encuentre ejecutoriada, el fundamento de las mismas no radica en dicha circunstancia.

⁷⁰ PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2001. Pág. 447.

3° titulado "Revisión de sentencia firmes" del Libro IV "Procedimientos Especiales y Ejecución".⁷¹

En conclusión, habiendo descartado su naturaleza como recurso, podemos definirla como una acción extraordinaria destinada a invalidar sentencias firmes que se hayan obtenido de manera injusta o fraudulenta, en aquellos casos señalados taxativamente por la ley.⁷²

II. Fundamento de la acción de revisión

La situación en cuanto al momento en que una decisión jurisdiccional adquiere el carácter de firme y las repercusiones que ello conlleva es graficado por BINDER al señalar que "En un Estado de Derecho, que sostiene la seguridad jurídica, la tranquilidad y el respeto a los ciudadanos como principios básicos de la organización social, existe un momento en que necesariamente el proceso penal finaliza. La decisión que se ha tomado – generalmente la sentencia – se convierte en una decisión final o "firme". Esto significa, como ya hemos analizado, que el Estado no podrá ejercer nuevamente la coerción penal ni perseguir penalmente a las personas por ese hecho (*ne bis in idem*). El principio de la cosa juzgada protege a las personas de la incertidumbre y de la posibilidad de que el Estado decida utilizar el proceso penal como un instrumento de persecución política constante (...)"⁷³

El fundamento de la revisión radica en el hecho de que la cosa juzgada, efecto fundamental de las sentencias firmes, es un principio básico del Derecho Procesal que, sin embargo, puede llegar a revestir cierta gravedad si en su virtud se llega a establecer una injusticia. La acción de revisión constituye una excepción al principio de cosa juzgada, sin embargo, su función precisamente consiste en prestigiar este concepto procesal fundamental dotándolo de un grado de solvencia moral al permitir que aquellas sentencias firmes que han sido obtenidas de manera irregular, injusta o fraudulenta puedan ser revisadas y, en su caso, anuladas, por el máximo tribunal de la República.

Se afirma que el legislador, al consagrar la revisión de las sentencias firmes, ha tenido en cuenta el problema político y social que se produce por el hecho de que la sentencia es un acto del hombre y, por tanto, falible. De este modo se ha visto en la necesidad de sopesar, en un momento dado el valor seguridad jurídica respecto del valor justicia,

⁷¹ MATURANA MIQUEL, Cristián. *Los Recursos*. Separata, U. de Chile, Apuntes de Clases, año 2003.

⁷² Estimar que la naturaleza jurídica de la revisión corresponde a la de un recurso sólo porque su objeto consiste en impugnar resoluciones – sentencias firmes en este caso – implica desconocer que, si bien el recurso es el acto procesal impugnatorio por excelencia, no es el único y así tenemos que una resolución puede ser impugnada a través de procesos autónomos como este caso de la revisión o el caso del juicio ejecutivo en las hipótesis de reserva de derechos o de renovación de la acción ejecutiva; a través de incidentes, entre otras.

⁷³ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, 2002. Página 303.

debiendo solucionar el problema que supone la existencia de un mecanismo como el de la cosa juzgada, que está concebido como un medio de seguridad apto para conseguir la Justicia pero que, en ocasiones, puede ser fuente de graves injusticias.⁷⁴

En el mismo sentido Roxin señala que la revisión del procedimiento sirve para la eliminación de los errores judiciales frente a sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. Expresa que la paz jurídica sólo puede ser mantenida, si los principios contrapuestos de seguridad jurídica y justicia son conducidos a una relación de equilibrio. El procedimiento de revisión representa el caso más importante de quebrantamiento de la cosa juzgada en interés de una decisión materialmente correcta. Su idea rectora reside en la renuncia a la cosa juzgada, cuando hechos conocidos posteriormente muestren que la sentencia es manifiestamente incorrecta de manera insoportable para la idea de justicia.⁷⁵

III. Características generales de la acción de revisión

1. Es una acción de carácter extraordinario pues procede sólo respecto de ciertas resoluciones judiciales: las sentencias condenatorias firmes y sólo por las causales que el legislador expresamente ha señalado.
2. Es una acción de competencia exclusiva y excluyente de la Corte Suprema.
3. De ser concebido como un recurso no constituye instancia puesto que sólo se analiza la causal que motiva su interposición. De ser concebido como una acción declarativa, ella es conocida en única instancia y el tribunal tiene una competencia específica para conocer de la misma, representada por la sola determinación de los hechos y el derecho que permite pronunciarse acerca de la causal invocada como fundamento de ella.⁷⁶
4. No existe plazo alguno para solicitar la revisión de una sentencia firme en materia penal, lo cual es congruente con el hecho de tratarse de una acción autónoma y no propiamente de un recurso jurisdiccional.⁷⁷

⁷⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otros. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Editorial COLEX. Madrid, 2001. Página 461.

⁷⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2000. Página 492. El destacado es nuestro,

⁷⁶ MATURANA MIQUEL, Cristián. O. Cit.

⁷⁷ Pese a estimar que también en materia civil la denominación de recurso que se da a esta institución no corresponde a su naturaleza jurídica, por las mismas razones que las esgrimidas en materia penal, debe destacarse que, amén de mantener dicha denominación, la revisión civil está sujeta a plazo: éste, según el artículo 811 del Código de Procedimiento Civil, es de un año contado desde la fecha de la última notificación de la sentencia objeto del recurso. De lo anterior es posible colegir que el legislador, al establecer un plazo para solicitar la revisión en materia civil, ha privilegiado la seguridad jurídica por sobre el valor justicia. No obstante, no es difícil reparar en el hecho de que los valores en juego en materia penal justifican la preeminencia de este último por sobre el primero.

IV. Titulares de la acción de revisión

De acuerdo al artículo 474 del Código Procesal Penal, la revisión de la sentencia firme podrá ser pedida, en cualquier tiempo, por el Ministerio Público, por el condenado o por el cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos de éste. Asimismo, podrá interponer tal solicitud quien hubiere cumplido su condena o sus herederos, cuando el condenado hubiere muerto y se tratare de rehabilitar su memoria.⁷⁸

Con respecto a la última parte de la disposición, ella reviste un motivo de fondo muy importante ya que toda condena siempre significa un estigma, más gravoso si se trata de un inocente injustamente condenado, por lo que se justifica la revisión de la sentencia condenatoria en cualquier momento, aun cuando haya dejado de producir efectos.⁷⁹

La disposición legal citada reproduce, prácticamente en idénticos términos, la antigua norma del Código de Procedimiento Penal (artículo 658) que señalaba quiénes eran los legitimados para accionar de revisión. De hecho, esta última disposición hacía alusión al Ministerio Público como uno de los legitimados para su interposición, entendiendo que tal referencia era hecha a la actual Fiscalía Judicial.

El hecho de que la literalidad de la norma no haya variado pese al importante cambio de sistema procesal penal no resulta contradictorio sino, precisamente, ajustado a la realidad del nuevo modelo de enjuiciamiento criminal si tenemos en cuenta que uno de los principios fundamentales que regula la actividad del organismo persecutor es el principio de objetividad. En tal sentido, no es de extrañar que el propio sujeto procesal que sostuvo una determinada posición jurídica y fáctica durante el curso del proceso, inste por la rescisión de la sentencia que es producto de ese proceso, si llega a estar en antecedentes de que dicha resolución judicial es irregular o injusta.

Si bien y como se ha sostenido anteriormente, se estima que el principio de objetividad no puede implicar, por razones lógicas, que el Ministerio Público se avoque a la investigación de todas aquellas circunstancias que impliquen la exculpación del

⁷⁸ Una posición particular en lo relativo a la legitimación para accionar de revisión la plantea BINDER quien sostiene que "Normalmente funciona a petición del interesado, pero nada obsta a que sea el tribunal de oficio quien desencadene la revisión: insisto en que la posibilidad de condena a un inocente o la imposición de una pena injusta es algo tan irritante para el Estado de Derecho que no puede tener limitaciones en la instancia. Incluso cualquier persona podría realizar el planteo ante los tribunales ya que no sólo se haya en juego el interés del damnificado por el fallo injusto, sino la credibilidad de la administración de justicia como institución social". O. Cit. Página 310. Si bien el buen funcionamiento de la administración en justicia puede verse cuestionado con situaciones de esta índole no es posible admitir en nuestra legislación la hipótesis planteada por este autor y la solución que podemos encontrar consistirá en que las personas que no son titulares de esta acción pero que conocen antecedentes que pueden constituir alguna de las causales, las pongan en conocimiento de los legitimados para accionar, por ejemplo, el Ministerio Público, siendo ésta su forma de contribuir a una mejor administración de justicia.

⁷⁹ BINDER, Alberto. O. Cit. Página 308.

imputado o una atenuación de su responsabilidad penal, sí es claro que implica que el Ministerio Público debe cumplir un rol de receptáculo respecto de todos aquellos antecedentes que puedan implicar las situaciones referidas anteriormente⁸⁰.

Lo anteriormente expuesto, en el sentido de que el Ministerio Público no pueda, activamente, propender a la búsqueda de cualquier antecedente exculpatorio o atenuador de responsabilidad, resulta mucho más patente si pensamos en casos que han salido de la esfera de la competencia de este órgano, por cuanto ya se ha dictado sentencia ejecutoriada en la causa, habiendo cesado la actividad del organismo persecutor y acusador. La posibilidad de que la Fiscalía investigue hechos o circunstancias que puedan llegar a constituir alguna de las causales de revisión que, taxativamente prescribe el legislador procesal penal, resulta imposible desde todo punto de vista. Sin embargo, la situación de que el Ministerio Público tome conocimiento, a través de la actividad de terceros, o bien, por cualquier otra circunstancia ajena a una labor investigativa en este ámbito, de antecedentes que pudieren dar lugar a la procedencia de la revisión, constituye una situación que, estimamos, queda abarcada dentro del principio de objetividad del Ministerio Público que establecen los artículos 80 A de la Constitución Política de la República y 1º y 3º de la Ley N° 19.640, pese a no corresponder a un proceso en investigación.

Ello desde que obedece a los mismos fundamentos que apoyan el principio de objetividad durante la investigación. En tal sentido, es posible afirmar que, si el principio de objetividad rige la etapa de investigación e implica que el organismo investigador no sólo deba preocuparse de aquellos hechos y circunstancias que puedan fundar o agravar la responsabilidad penal de una persona a quien se le imputa incipientemente la comisión de un delito, sino también de aquellos que la eximan de ella, la extingan o atenúen, con mayor razón este órgano del Estado no puede mantenerse indiferente ante material exculpatorio o atenuador de la responsabilidad penal una vez que ésta haya sido determinada en sede judicial, como consecuencia de su propia actividad.

Por lo demás, la legitimación del Ministerio Público para deducir esta acción constituye una posibilidad mayoritariamente reconocida en el Derecho Comparado.⁸¹

No obstante, insistimos, aun cuando parezca obvio, que el rol de esta institución en materia de revisión debe ser esencialmente pasivo.

⁸⁰ HERRERA SEGUEL, Marta. *Criterios de actuación de los fiscales en relación a la actividad de los defensores en la etapa de investigación*, en Boletín del Ministerio Público N° 16. Páginas 181 y ss.

⁸¹ En este sentido encontramos las legislaciones procesales penales de España, Alemania, Argentina, Uruguay y Colombia, a modo de ejemplo. Respecto de este último cabe destacar que se trata de un código moderno, del año 2000 que, incluso, se refiere directamente a revisión como una acción en el capítulo X del Libro.

Con respecto a la titularidad de la acción de revisión, la única modificación introducida por el Senado al texto aprobado por la Cámara de Diputados fue la de incluir a ciertos parientes (los contemplados en la norma definitiva) tal como lo hacía el Código vigente "(...)lo que permitiría hacerse cargo de la eventualidad de que el imputado haya rehusado defenderse o, incluso, aceptado asumir responsabilidades ajenas"⁸²

V. Objeto y procedencia de la acción de revisión

Se ha insistido en que la revisión es una acción de carácter extraordinario, ello referido al tipo de procedimiento al que da lugar, que es de carácter extraordinario o especial. Se sabe que, en general, las clasificaciones que suelen hacerse de la acción no corresponden propiamente a una categorización de dicho concepto que, como facultad de poner en movimiento el aparato jurisdiccional no admite clasificación. Así, si aludimos a su carácter extraordinario más bien nos referimos al procedimiento a que da lugar la interposición de esta acción. Si pensamos en el contenido mismo de la acción, vale decir, la pretensión, podemos sostener que es una acción declarativa puesto que su objeto específico es obtener la declaración de invalidación de sentencias firmes. En tal sentido, podemos decir que se trata de una acción impugnativa desde que su objeto consiste en impugnar una resolución pese a que ésta haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada.

Además, su calificación de extraordinaria alude a que la ley señala taxativamente los hechos o circunstancias que puedan fundamentar una de las causales que hacen procedente la revisión, **sin que sea posible que dicha acción impugnativa tenga un fundamento de orden genérico, más bien, que resulte suficiente para su admisibilidad una fundamentación de dicho orden.** En general, podemos afirmar que su fundamento genérico radica en el hecho de que la resolución judicial que es objeto de impugnación mediante esta acción autónoma ocasiona agravio al titular de la acción, sin embargo, **en este caso como en otros que contempla el sistema, el legislador ha establecido que ese agravio sólo podrá materializarse en las causales que específicamente describe.**

En resumen, cualquiera de las causales que pueden invocarse como fundamento de la revisión responden a un mismo propósito que viene a constituir el objeto de la revisión, cual es obtener la invalidación de esa sentencia. A rasgos generales, con respecto a las causales de procedencia y como señala el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires "(...) la acción de revisión deberá tender siempre a demostrar la inexistencia del hecho, o que el condenado no lo cometió, o que falta totalmente la prueba en que se basó la condena (...)"⁸³

⁸² PFEFFER URQUIAGA, Emilio. O. Cit. Página 447.

⁸³ Artículo 468 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires.

Se ha planteado que la acción de revisión tampoco sería un medio de impugnación ya que con ella NO se cuestionaría la validez de una sentencia. “La labor del tribunal de revisión no es determinar si existe o no alguna causa o motivo que invalide la sentencia sino sólo y exclusivamente si, a la vista fundamentalmente de circunstancias que no han sido tenidas en cuenta por el juzgador, la sentencia debe rescindirse por ser esencialmente injusta; por consiguiente, la revisión es una acción independiente que da lugar a un proceso cuya finalidad es rescindir sentencias condenatorias firmes e injustas.”⁸⁴

Si bien concordamos en que la sentencia que es objeto de revisión es una sentencia “válida” en lo relativo a la vía que se ha llevado a cabo hasta llegar a su dictación, vale decir, se trataría de una resolución judicial que no adolece de errores *in procedendo*, ya que se ajusta a las formas procesales y que, además, se ajusta a lo sustantivo en cuanto a los antecedentes que se tuvieron a la vista para fallar, careciendo por tanto de errores *in iudicando* (en general, obviando el caso de sentencias obtenidas por medio de fraude), se estima que se trata de una acción de carácter impugnativo desde que su objeto radica precisamente en atacar una resolución judicial y su fuerza impugnativa es de tal magnitud que alcanza incluso a una sentencia que tiene la calidad de firme.⁸⁵

En lo relativo a su procedencia, es importante destacar que ella sólo procede respecto de sentencias condenatorias por crimen o simple delito, cualquiera sea el tribunal que las haya dictado, vale decir, **se trata de una institución que no beneficia a aquellas personas que hayan sido condenadas por una falta penal y, principalmente, no constituye un medio de impugnación respecto de sentencias absolutorias.** Lo anterior no implica desconocer la existencia de sentencias absolutorias que también revistan el carácter de injustas pero, se estima que frente a la injusticia que supone la absolución de aquel que sabemos es delincuente prima el valor seguridad y certeza que ofrece el mecanismo de la cosa juzgada. Por lo demás, admitir la posibilidad de revisión respecto de sentencias absolutorias frente a pruebas nuevas, implicaría abrir una puerta a un sinnúmero de procedimientos de modo de tal de sumir a la administración de justicia en un gran descrédito, lo que en definitiva redundaría en una inseguridad que, en sí misma, sería injusta.⁸⁶

En el mismo sentido se ha afirmado desde siempre que la absolución de personas responsables de un delito, si bien es una cuestión inconveniente, resulta soportable para un Estado de Derecho, por el contrario, la de un inocente que cumple condena por ilícitos que no ha cometido, resulta aberrante al mismo.

⁸⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otros. O. Cit.

⁸⁵ En este sentido quizás resulte conveniente recordar la clasificación de los recursos –que podemos hacer extensibles a los demás medios de impugnación – que distingue entre recursos de mérito y recursos de nulidad; el primero discurre sobre la base de una sentencia que es válida pero que contiene una decisión errónea; el segundo, en cambio, impugna la validez de la decisión. Ambos constituyen medios de impugnación y no sólo aquellos que atacan la validez.

⁸⁶ Ibid.. Pp. 461-462.

Según se ha venido sosteniendo, la taxatividad de sus causales establecen su carácter de acción extraordinaria.⁸⁷ Dichas causales están establecidas en el artículo 473 del Código Procesal Penal que, como es la regla general en materia de regulación de la acción de revisión, prácticamente reproduce las anteriores causales establecidas en el artículo 657 del Código de Procedimiento Penal, con la diferencia de que la nueva disposición incluye una hipótesis no contemplada en dicho cuerpo legal.

El Código Procesal Penal establece que puede reverse extraordinariamente una sentencia firme en que se hubiere condenado a alguien por un crimen o simple delito, para anularla, en los siguientes casos:

a) Cuando, en virtud de sentencias contradictorias, estuvieren sufriendo condena dos o más personas por un mismo delito que no hubiere podido ser cometido más que por una sola;

Sin perjuicio de pequeñas adecuaciones formales, esta causal es idéntica a la contemplada en el Código de Procedimiento Penal. Asimismo, corresponde a la misma causal contemplada en la legislación española y al reciente Código de Procedimiento Penal de Colombia.

b) Cuando alguno estuviere sufriendo condena como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se comprobare después de la condena;

Respecto de esta causal se produce el mismo fenómeno que respecto de la anterior en cuanto a nuestra antigua legislación procesal penal y al segundo motivo de revisión contemplado en el Código español. Como bien se señala, la mera enunciación de esta causal nos señala que se sancionó un delito inexistente⁸⁸. Se trata de uno de los casos, como señala Roxin, de revisión *propter nova*, consistente en la aparición de nuevas pruebas o nuevos hechos, constituyendo, en la práctica, el caso más común e importante de la revisión. Lo grafica precisamente con ejemplos tan claros como el hecho de que el supuesto muerto reaparezca.⁸⁹

c) Cuando alguno estuviere sufriendo condena en virtud de sentencia fundada en un documento o en el testimonio de una o más personas, siempre que dicho

⁸⁷ En contra de la taxatividad de las causales de revisión que establecen los códigos procesales penales, BINDER sostiene que "Una interpretación correcta, teniendo en cuenta el conjunto de garantías constitucionales y el principio rector de respeto a la inocencia y el repudio a la prisión injusta, debe llevar a considerar que siempre se establecen casos ejemplificativos y que la revisión de una condena no puede ser limitada por los textos procesales, ya que se hallan en juego principios y garantías de superior jerarquía". O. Cit. Página 307.

⁸⁸ *Ibid.* Página 465.

⁸⁹ ROXIN, Claus. O. Cit. Página 494.

documento o dicho testimonio hubiere sido declarado falso por sentencia firme en causa criminal;

Esta causal, también contemplada en la legislación anterior, reviste importantes diferencias con las anteriores. En efecto, en el primer caso nos encontramos con una situación en que, si bien el hecho punible pudo tener lugar, la sentencia firme ha errado en atribuir participación criminal a uno de los condenados por las características específicas en que se desarrolló el ilícito. El segundo caso es aún más categórico: el hecho punible no ha existido. En esta hipótesis, en cambio, es posible que el hecho ilícito efectivamente se haya cometido y también resulta factible que éste pueda ser atribuible a la persona que en definitiva resultó condenada. Lo que se objeta en esta circunstancia es que la dictación de la sentencia condenatoria tiene como fundamento medios probatorios originados con ocasión de fraude. Para que pueda tener lugar esta causal es necesario que se cumplan dos requisitos copulativos que emanan de la propia literalidad de la norma:

- Que el documento o el testimonio falso funde la sentencia. La revisión es una acción extraordinaria y tiene una importancia fundamental en el sentido de constituir una excepción al principio básico de la cosa juzgada. La nulidad de una sentencia firme con motivo de la revisión constituye una situación extremadamente restrictiva, por ello, es importante advertir que no cualquier documento presentado o testimonio vertido en el juicio, declarados falsos, pueden implicar la nulidad de este fallo sino sólo aquellos que efectivamente han servido para fundar una sentencia condenatoria, es decir, aquellos cuya ausencia hubiesen implicado una sentencia absolutamente contraria a la que en definitiva se pronunció.

- Es preciso que la falsedad del documento o del testimonio haya sido declarado en causa criminal seguida al efecto. Es decir, previamente es necesario preconstituir una prueba para efectos de intentar la acción de revisión.

d) Cuando, con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que fuere de tal naturaleza que bastare para establecer la inocencia del condenado

Nos encontramos ante otro de los casos de revisión *propter nova* que, en esta ocasión, dice relación con la aparición de prueba nueva más que de hechos nuevos, a diferencia de la hipótesis contemplada en la letra b).

e) Cuando la sentencia condenatoria hubiere sido pronunciada a consecuencia de prevaricación o cohecho del juez que la hubiere dictado o de uno o más de los jueces que hubieren concurrido a su dictación, cuya existencia hubiere sido declarada por sentencia judicial firme.

Como se había adelantado, se trata de la única nueva causal que contempla el Código Procesal Penal en relación al Código de Procedimiento Penal y que, sin embargo, es semejante a lo establecido por el legislador procesal civil (Artículo 810 N° 3 del Código de Procedimiento Civil).

Se ha estimado que esta causal no hace más que explicitar un hecho gravísimo no contemplado en el Código de Procedimiento Penal pero que permitía ser subsumido en el N° 4 del artículo 657 de este cuerpo legal.⁹⁰

En el debate parlamentario se dejó constancia que, en el caso de esta letra, la sentencia debe ser consecuencia de la prevaricación o el cohecho y que, si alguna de éstas no mediare no habría condena.⁹¹

VI. Tramitación de la acción de revisión

Competencia:

Como se ha señalado anteriormente, la acción de revisión es de competencia privativa y exclusiva de la Corte Suprema. Actualmente, el artículo 475 del Código Procesal Penal señala que la solicitud de revisión se presentará ante la Secretaría de la Corte Suprema, despejando una inquietud que pudo haberse planteado en el sistema anterior. En efecto, el Código de Procedimiento Penal no contiene ninguna disposición que señale que la solicitud o, más acorde al lenguaje de dicha legislación, el recurso de revisión debía presentarse directamente ante el máximo tribunal, sólo se señalaba que éste sería quien conociera del asunto. Como en cada una de las disposiciones que regulaba la revisión se hablaba de "recurso" podía colegirse que seguía la regla de la verticalidad y se presentaba directamente ante el tribunal que había dictado la resolución impugnada para que, en definitiva, conociera de él la Corte Suprema. En la práctica siempre se entendió que se presentaba directamente ante el máximo tribunal ya que no existía una norma explícita que dijera lo contrario, como en el caso de los recursos de apelación o de casación.

En la nueva legislación procesal penal el tema está zanjado en forma explícita por la disposición citada, sin embargo, podíamos arribar a la misma conclusión con el sólo hecho de estimar que se trata de una acción autónoma y no de un recurso jurisdiccional.

⁹⁰ MATURANA MIQUEL, Cristián. O. Cit.

⁹¹ PFEFFER URQUIAGA, Emilio. O. Cit. Página 447.

Formalidades:

La ley señala que la solicitud de revisión deberá expresar con precisión su fundamento legal y acompañar copia fiel de la sentencia cuya anulación se solicitare y los documentos que comprobaren los hechos en que se sustenta.

Si la causal alegada fuere la de la letra b) del artículo 473, la solicitud deberá indicar los medios con que se intentare probar que la persona víctima del pretendido homicidio hubiere vivido después de la fecha en que la sentencia la supone fallecida; y si fuere la de la letra d), indicará el hecho o el documento desconocido durante el proceso, expresará los medios con que se pretendiere acreditar el hecho y se acompañará, en su caso, el documento o, si no fuere posible, se manifestará al menos su naturaleza y el lugar y archivo en que se encuentra.

Estas exigencias se fundan en el hecho de que esta acción no es una forma desesperada de intentar la revisión de un fallo adverso, sino un modo concreto y fundado de plantear un error judicial, por lo tanto, es correcto que los requisitos de presentación sean lo suficientemente estrictos como para apreciar la seriedad del pedido y evitar malgastar el tiempo y los recursos en peticiones infundadas.⁹²

Se trata, básicamente, de los mismos requisitos formales prescritos en el Código de Procedimiento Penal, la diferencia fundamental está relacionada con los medios de prueba a los que alude la disposición legal pues, si bien se señala que éstos deben ser individualizados en la presentación correspondiente, posteriormente se proscribió la recepción de prueba testimonial para acreditar cualquiera de las causales, constituyendo una diferencia fundamental con la regulación anterior.

El artículo 476 señala expresamente que "No podrá probarse por testigos los hechos en que se funda la solicitud de revisión". La norma respectiva del Código de Procedimiento Penal (artículo 660) establecía la procedencia de este medio probatorio en caso de que las casuales esgrimidas fueran las de los números 2 o 4 del artículo 657, y señalaba que el tribunal fijaría un término prudencial dentro del cual debía rendirse.

El texto propuesto por el Ejecutivo contemplaba la procedencia de la prueba testimonial, no obstante, señalaba que ésta debía rendirse durante la vista, lo cual era coherente, según se señalaba, con el contexto del nuevo Código en el sentido de velar por la inmediación del tribunal en pos de que éste se formara directamente su convicción sobre los hechos. Sin embargo, al mismo tiempo se advirtió que esta situación generaría muchas dificultades prácticas en su funcionamiento, por el tiempo destinado a la realización de esta diligencia. Además, se consideró el factor de que son muy pocos los casos en que deben probarse hechos, por lo que las pruebas que se presenten

⁹² BINDER, Alberto. O. Cit. Página 309.

deben ser concluyentes y no simples sospechas, pues no se trata de un nuevo juicio. Razones por las cuales se optó por declarar improcedente la prueba testimonial para acreditar los hechos en que se funde la solicitud de revisión.⁹³

La decisión anterior reafirma el carácter restrictivo de la acción de revisión, como bien se estableció en el debate parlamentario y, pese a sostener que se trata de una acción autónoma, la idea no es que se ventile un nuevo juicio sobre la materia, sino sólo subsanar una situación de suma injusticia que incluso permite obviar el valor de la seguridad jurídica que implica la cosa juzgada.

En caso de que la solicitud de revisión no cumpla con estos requisitos que hemos referido o que, cumpliéndolos, adolezca de manifiesta falta de fundamento, será rechazado de plano, decisión que deberá tomarse por la unanimidad del tribunal.

Una vez más el legislador ratifica el carácter excepcional de esta acción y su espíritu en orden a que la interposición de esta acción sea lo más restringida posible. Con relación a los requisitos formales, la norma ya estaba contenida en la regulación anterior, la novedad está constituida por la **manifiesta falta de fundamento**. Se trata de una modificación introducida por el Senado, en conocimiento de que muchas de estas solicitudes se presentan ante la Corte Suprema sin real justificación. En tal sentido, se decidió ampliar las facultades del máximo tribunal para rechazarlos de plano cuando adoleciera de manifiesta falta de fundamento y ello fuere decidido por la unanimidad.

Para arribar a tal decisión también se argumentó en el hecho de que no existe plazo alguna para la deducción de esta acción en sede penal por lo que, no puede justificarse una presentación incompleta basada en la premura del tiempo. En todo caso, se dejó constancia de que ello era sin perjuicio de que, al pronunciarse sobre la admisibilidad el tribunal pudiera solicitar los documentos del caso sin que ello significara pudiera llegar a significar una nueva investigación.⁹⁴

Efectos de la interposición de la solicitud de revisión:

El artículo 477 señala que esta solicitud no suspende el cumplimiento de la sentencia que se intenta anular. Dicha redacción es producto de la modificación introducida por la Ley N° 19.806 que adecuó el sistema legal chileno a la Reforma Procesal Penal, ya que con anterioridad, el inciso primero de dicha disposición legal establecía la regla de la no suspensión a menos que la pena impuesta fuera la de muerte.

Sin embargo, con respecto a la legislación anterior, se amplía la posibilidad de casos de suspensión ya que el inciso segundo de la norma precitada establece la posibilidad del tribunal de suspender la ejecución de la sentencia recurrida, en cualquier momento si lo

⁹³ PFEFFER URQUIAGA, Emilio. O. Cit. Página 449.

⁹⁴ *Ibid.* Pág. 448

estima conveniente, y aplicar, si correspondiere, alguna de las medidas cautelares personales que contempla el Código Procesal Penal, con excepción de la prisión preventiva. El Código de Procedimiento Penal establecía la regla general de que no se suspendería la ejecución de la sentencia, salvo que la pena impuesta fuera irreparable (artículo 661), y se estimaba que la única pena realmente irreparable era la de muerte.⁹⁵

VII. Fallo de la acción de revisión y efectos de la dicha resolución

El artículo 478 del Código Procesal Penal establece que:

“La resolución de la Corte Suprema que acogiere la solicitud de revisión declarará la nulidad de la sentencia.

Si de los antecedentes resultare fehacientemente acreditada la inocencia del condenado, el tribunal además dictará, acto seguido y sin nueva vista pero separadamente, la sentencia de reemplazo que corresponda.

Asimismo, cuando hubiere mérito para ello y así lo hubiere recabado quien hubiere solicitado la revisión, la Corte podrá pronunciarse de inmediato sobre la procedencia de la indemnización a que se refiere el artículo 19, N° 7, letra i), de la Constitución Política.”

Las modificaciones sufridas por esta norma en el transcurso de la discusión parlamentaria fueron importantes. En efecto, el texto propuesto por el Ejecutivo y aprobado, en general, por la Cámara, sostenía que si el tribunal anulare la sentencia dispondría la realización de un nuevo juicio cuando el caso lo requiriera o pronunciaría directamente sentencia definitiva. El Senado estimó que la Corte sólo podía dictar sentencia de reemplazo “(...) para absolver al condenado pero no para condenarlo por otro delito; tampoco puede determinar por ese sólo hecho la realización de un nuevo juicio, porque esa decisión la debe tomar el ministerio público, a quien le corresponde el ejercicio de la acción penal”⁹⁶

Se puede apreciar que sólo en el Senado se advirtió la incongruencia de que la resolución de la Suprema Corte que se pronuncia acerca de una acción de revisión, dispusiere la realización de un nuevo juicio, habiéndose anulado la resolución impugnada, dado que dicha decisión implicaría, en cierta forma, el ejercicio de la acción penal pública que corresponde al Ministerio Público. No se trata de la misma situación en que la Corte Suprema o alguna corte de apelaciones, en su caso, anulara una

⁹⁵ Por algunos se estima, sin embargo, que todas las penas en el sistema penal revisten el carácter de irreparables ya que no es posible restituir los días en que una persona estuvo privada de su libertad injustamente, por lo que la modificación introducida por el Código Procesal Penal en el sentido de ampliar el catastro de penas que hacen procedente la suspensión es justificable desde este punto de vista. En este sentido MATURANA MIQUEL, Cristián. O. Cit. Páginas 203-204.

⁹⁶ PFEFFER URQUIAGA, Emilio. O. Cit. Página 450. El destacado es nuestro.

sentencia definitiva que ha sido recurrida de nulidad y, acto seguido, dispusiera la realización de un nuevo juicio ya que en dicho evento nos encontraríamos ante el mismo caso, jurisdiccionalmente hablando. La revisión, en cambio, es una acción autónoma y, por lo tanto, para que pueda llevarse a cabo un nuevo juicio oral por un delito específico, luego de haberse declarado la nulidad del fallo impugnado, será necesario que el organismo acusador entable la acción correspondiente.

Aquí podemos visualizar que, el hecho de determinar si la revisión es un recurso o una acción no es una cuestión puramente teórica sino que puede llegar a tener importancia práctica⁹⁷. En efecto, la decisión del legislador en orden a estimar que la revisión es una acción autónoma y no un recurso tiene importancia en lo relativo a los efectos de la resolución que la acoge y que se traducen en el hecho de que, si estimamos que se trata de un "recurso", el tribunal competente podrá, dentro de la esfera de sus atribuciones, ordenar la realización de un nuevo juicio. En cambio, si la estimamos como una "acción", el órgano jurisdiccional en un sistema como el nuestro, no puede ordenar que se lleve a cabo un nuevo juicio oral y deberá ser el Ministerio Público quien inste porque ello ocurra.

A diferencia del sistema anterior, los efectos de la resolución que acoge la revisión no varían según cual sea la causal invocada y acogida por el tribunal y la diferencia sólo radica en que la resolución puede lisa y llanamente anular la sentencia impugnada o bien puede, además, conllevar la dictación de la correspondiente sentencia absolutoria de reemplazo.⁹⁸

El sistema anterior establecía expresamente la posibilidad de *reformatio in peius*, vale decir, la posibilidad de que el condenado por sentencia que era impugnada y anulada por este mecanismo pudiera ser condenado a una pena mayor en el nuevo proceso (artículo 666 Código de Procedimiento Penal). La norma no era novedosa desde que la misma posibilidad estaba establecida para la apelación y la casación (artículos 528 y 548, respectivamente, del Código de Procedimiento Penal).

Actualmente, la prohibición de *reformatio in peius* está consagrada dentro de las disposiciones generales que regulan los recursos en el Código Procesal Penal, específicamente, en el inciso final del artículo 360 que dispone que "Si la resolución judicial hubiere sido objeto de recurso por un solo interviniente, la Corte no podrá reformarla en perjuicio del recurrente".

⁹⁷ En sentido, vale decir, contrario a la importancia de la diferenciación entre acción o recurso, BINDER plantea que dicha discusión no tiene demasiada utilidad, ni ha influido en el diseño del instituto. Señala que es preferible mantener la denominación tradicional de recurso de revisión, aunque se trate de un recurso anómalo. O. Cit. Página 309.

⁹⁸ En efecto, el Código de Procedimiento Penal, en los artículos 662, 663 y 664, regulaba los efectos de la resolución que acogía el recurso según si la causal invocada era la de los números 1, 2 y 3 de la artículo 657, respectivamente.

Se trata de una buena regla que está acorde con los modelos existentes en Derecho Comparado y, además, con nuestra propia legislación procesal civil, dado que la reforma en perjuicio es una institución proscrita en el Código de Procedimiento Civil. A decir verdad, la posibilidad de modificar una resolución en contra del recurrente en materia penal y, no así en materias civiles, era una cuestión que no revestía fundamento alguno y, es más, resultaba un tanto absurda.

No obstante que la disposición contenida en el artículo 360 inciso final del código del ramo nos parece del todo conveniente y necesaria, nos encontramos con otro de los efectos prácticos del hecho de considerar la revisión como una acción; en tal sentido, la pregunta que surge es la siguiente: ¿Podemos aplicar a la acción de revisión la regla general contenida en la disposición legal citada?. Sin lugar a dudas la respuesta es negativa.

El tema no pasa por la calidad que cada cual le atribuya a la revisión y la antigua discusión acerca de su naturaleza jurídica pues esto, como se ha venido reiterando a lo largo de estas líneas, es un tema zanjado por nuestro legislador procesal penal. Así, los argumentos en favor de la postura que define a la revisión como una acción y que hemos venido reiterando, podemos sintetizarlos de la forma que sigue:

- La institución no está regulada en el Libro III "De los recursos" sino en el Libro IV "De los procedimientos especiales y ejecución";
- Durante la discusión parlamentaria se eliminó toda referencia a ella como un recurso, reemplazando la terminología por la de "solicitud";
- En el Senado se dejó expresa constancia de que "(...) Es con mayor propiedad, una acción que pretende enervar el cumplimiento de la sentencia(...)";⁹⁹
- Asimismo, la Cámara Alta también precisó que la Corte Suprema no podía determinar la realización de un nuevo juicio pues "(...) dicha decisión le corresponde al ministerio público, a quien concierne el ejercicio de la acción penal";¹⁰⁰
- El artículo 479 habla derechamente de la realización de un nuevo juicio, aludiendo a procedimientos separados y, por ende, distintas acciones;
- Finalmente y, a mayor abundamiento, el artículo 480 se refiere a una nueva formalización del Ministerio Público por los mismos hechos.

En conclusión, en el estado actual de cosas, resulta inoficiosa cualquier discusión acerca de la naturaleza jurídica de esta institución y de ello derivan conclusiones

⁹⁹ PFEFFER URQUIAGA, Emilio. O. Cit. Página 447.

¹⁰⁰ *Ibíd.* Página 450.

bastante importantes, dentro de ellas, la de considerar que, pese a que la prohibición de modificar una resolución en perjuicio del recurrente esté consagrada como una regla general, ello no resulta aplicable a la revisión.

En efecto, la *reformatio in peius* es una institución contemplada como una de las excepciones a la competencia propia de un tribunal de alzada para conocer de un recurso, implicando que éste puede excederse de la misma. En general, se sostiene que los poderes del tribunal *ad quem* para pronunciarse vienen dados por el mismo recurso, lo que se suele graficar con la fórmula latina de "*Tantum devolutum quantum appellatum*", es decir, cuanto le hayamos devuelto al tribunal superior será cuanto éste pueda resolver. De lo anterior se puede colegir que, tanto la reforma en perjuicio como su prohibición, son instituciones contempladas sólo a propósito de este ámbito (recursivo).

A mayor abundamiento, sólo basta circunscribirnos a la ubicación de las instituciones en el Código: la norma precitada constituye una disposición general para las instituciones contempladas en el Libro III, vale decir, los recursos, pero no alcanza a ninguna de las incluidas en el Libro IV.

En la práctica, el condenado por un crimen o simple delito que intente una acción de revisión en cuya virtud la sentencia condenatoria sea anulada por la Corte Suprema, podrá ser sometido a un nuevo proceso por los mismos hechos por los que fue condenado por la sentencia anulada, si existen antecedentes que justifiquen tal proceder.

Al respecto, la historia de la ley registra esta situación en el debate producido en el Senado donde se dejó constancia de que la realización de un nuevo juicio era una decisión que correspondía al ministerio público, por ser titular de la acción penal. Asimismo se señaló que "El ministerio público podrá iniciar o no otra acción, según la prueba de que disponga, salvo por el delito específico por el que ha sido absuelto"¹⁰¹

Lo anterior se ve mayormente ratificado con lo dispuesto en el artículo 480 que se refiere a una nueva formalización del Ministerio Público por los mismos hechos, sin limitar dicha formalización a personas distintas de las primitivamente condenadas, señalando que en tal caso, el fiscal acompañará en la audiencia respectiva copia fiel del fallo que acogió la revisión solicitada.

Si bien esta afirmación puede resultar demasiado severa e, incluso, contraria a lo establecido por el propio artículo 1º inciso segundo del Código Procesal Penal en cuanto a que "La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el

¹⁰¹ *Ibíd.*

mismo hecho.”, entendemos que ha sido ese el espíritu del legislador manifestado en la historia fidedigna del establecimiento de la ley. Por lo demás, la contradicción con la norma establecida en el artículo no sería tal si consideramos que ella discurre sobre la base de una sentencia vigente, no de una que ha sido anulada. En efecto, la disposición legal hace alusión a una “sentencia ejecutoriada”, vale decir, pasada en autoridad de cosa juzgada y sabemos que la revisión es precisamente una de las excepciones más importantes a la autoridad de la cosa juzgada.

Por lo demás, debemos advertir que estos casos serán minoritarios pues la posibilidad de que una sentencia sea revisada y, en definitiva, anulada por el máximo tribunal, en general, corresponderá a casos tan claros que impliquen la absolución del condenado o una clara atenuación de su responsabilidad penal. Resulta difícil concebir que todo este aparato se active con fundamentos tales para anular una sentencia pero existiendo aún pruebas respecto de la responsabilidad penal del actual condenado.

No debemos olvidar el fundamento mismo de la revisión, el cual radica en una trascendental razón de justicia que implica oponerse y superar al importante valor de la seguridad jurídica, lo que obedece a la repugnancia que significa, en un Estado de Derecho, que una persona inocente esté cumpliendo condena por delitos que no ha cometido.

Por lo mismo, insistimos, la situación de una persona que sufría condena en virtud de una sentencia ejecutoriada que fue revisada y anulada por el tribunal competente para ello, que es sometida a un nuevo proceso, formalizada por los mismos hechos y llevada a un nuevo juicio oral o a uno alternativo de los que contempla el sistema, constituirá una situación excepcional que incluso, no podremos enmarcar dentro de cualquiera de las hipótesis de anulación que establece el Código. Así, no será posible que tratándose de la letra d) del artículo 473 la persona favorecida con la anulación sea sometida a un nuevo procedimiento, dado que el numeral específicamente alude a la inocencia del condenado. Sin embargo, respecto de la letra b), podemos afirmar que si la persona que se creía muerta aparece viva, ello importa inmediatamente la inexistencia de un delito de homicidio consumado pero no excluye completamente hipótesis de homicidio frustrado, tentado, cuasidelito, alguna de las figuras de lesiones o incluso, pudiera tratarse de una sentencia condenatoria que sancionó por un delito complejo como el robo calificado con homicidio y, habiendo aparecido el supuesto occiso, el ilícito en cuestión se ha transformado sólo en una modalidad de robo.

En la misma línea, tratándose de la causal contemplada en la letra a), lo más común es que la realización de un nuevo juicio se transforme en una necesidad de modo de poder establecer cuál de los condenados efectivamente cometió aquel ilícito que no pudo ser cometido por más de uno.

En el Derecho Alemán y siguiendo a ROXIN la situación es que la revisión, como proceso, contempla tres etapas: el examen de admisibilidad, el examen de la fundamentación del recurso y la reiteración del juicio oral. Si el requerimiento de revisión ha sido declarado admisible, ello conduce, por regla general, a un nuevo juicio oral que es completamente independiente del primero. No hay una inversión de la carga probatoria sino que todo debe ser construido nuevamente. Este nuevo juicio oral puede terminar por sentencia condenatoria o absolutoria, sin embargo, la sentencia anterior no puede ser modificada, en la clase y extensión de la pena, en perjuicio del condenado cuando la revisión ha sido su iniciativa dado que así lo establece la Ordenanza Procesal Alemana en su párrafo 373, II¹⁰². Es decir, la propia legislación establece la prohibición correspondiente, por lo demás, llama la atención los términos utilizados en cuanto a que la sentencia no podrá ser "modificada", considerando que estamos hablando de una nueva sentencia ya que la primitiva fue anulada.

Aceptando la posibilidad de una nueva condena, surge una interrogante muy importante relativa a qué ocurre con el periodo de tiempo que el condenado estuvo privado de libertad en virtud de la sentencia que fue anulada. Se trata de una pregunta que no tiene una respuesta en la regulación de la acción de revisión, no obstante, estimamos que, razones de justicia material obligan a que necesariamente ese tiempo deba ser abonado a la eventual condena ya que, aun cuando no se trate de un mismo procedimiento en términos técnicos, se trata de los mismos hechos.

Finalmente, la ley dispone que la resolución de la Corte que falla la revisión, cuando hubiere mérito para ello y así lo hubiere recabado quien hubiere solicitado la revisión, podrá pronunciarse de inmediato sobre la indemnización por error judicial consagrada en el artículo 19 N° 7 letra i) de la Carta Fundamental. Esta disposición es un ejemplo en el sentido de que la acción de revisión, en general, está concebida como un beneficio para los condenados por crímenes o simples delitos.

El mismo sentido anterior tiene la norma contenida en el artículo 479 del Código Procesal Penal que establece que, "Si la sentencia de la Corte Suprema o, en caso de que hubiere nuevo juicio, la que pronunciare el tribunal que conociere de él, comprobare la completa inocencia del condenado por la sentencia anulada, éste podrá exigir que dicha sentencia se publique en el Diario Oficial a costa del Fisco y que se devuelvan por quien las hubiere percibido las sumas que hubiere pagado en razón de multas, costas e indemnización de perjuicios en cumplimiento de la sentencia anulada."³⁵

¹⁰² ROXIN, Claus. O. Cit. Página 494.

³⁵ El presente instructivo se ha elaborado en base al trabajo preparado por la Abogada Marta Herrera Seguel de la Fiscalía Nacional, que este Fiscal Nacional comparte íntegramente.

El presente oficio deberá ser distribuido a todos los fiscales, asesores jurídicas de las Fiscalías Regionales y ayudantes de fiscales para su conocimiento y aplicación sin perjuicio de las dudas u observaciones que pudieren plantearse a través de los fiscales regionales al Fiscal Nacional.

Saluda atentamente a UDS.

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO

GPR/MHS/crz