

Antofagasta, a seis de mayo del año dos mil veintidós.

VISTOS:

Que en esta causa **RUC 1900469774-2, RIT 317-2021** del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad y rol Corte 222-2022, por sentencia definitiva de diecisiete de marzo del año dos mil veintidós, una sala del señalado tribunal condenó al imputado **DESMOND MACLEOD NEHEMIR** a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, como autor del delito consumado de femicidio de Vesna Philbey, cometido en Antofagasta el día 25 de abril de 2019, más accesorias legales.

En contra del referido fallo, el señor Defensor Penal Público don Roberto Vega Taucare, dedujo recurso de nulidad invocando el motivo previsto en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, sobre la base que los sentenciadores habrían incurrido en un error de derecho al aplicar lo dispuesto en los artículos 11 N° 8 y 68, ambos del Código Penal.

El día catorce de abril del presente año se llevó a efecto la vista del recurso, interviniendo los señores abogados de las partes.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el señor Defensor Penal Público don Roberto Vega Taucare, dedujo recurso de nulidad invocando el motivo previsto en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, aduciendo que el tribunal efectuó una errónea aplicación del derecho en la sentencia que influyó en lo dispositivo del fallo.

En primer lugar, señaló que existe una errónea a aplicación del derecho al no conceder a su cliente la atenuante prevista en el artículo 11 N° 8 del Código Penal.

Dice que, una vez que el imputado se encontró en Santiago de Chile, existiendo un orden de búsqueda desde Inglaterra, recibió un llamado telefónico desde un número desconocido, de la policía chilena. Al contestar se identificó



con su nombre y dialogó en inglés con el funcionario policial, decidiendo esperar su llegada. Transcurridos 20 a 25 minutos, la policía lo contactó, se subió al carro policial y de forma espontánea, sin traductor oficial y sin abogado defensor presente, confesó haber dado muerte a su pareja.

Así, si bien puedo negar su identidad, o no haber contestado, o haber contestado e inmediatamente colgar para simplemente huir, esperó la llegada de la policía.

Transcribe parte del considerando decimoquinto de la sentencia que estimó discutible que el acusado estuviera en situación de poder eludir la acción de la justicia por medio de fuga u ocultándose, pues fue ubicado por carabineros porque había un requerimiento de la Policía Británica porque familiares habían informado de que tenía intención de suicidarse, pues su esposa había muerto de esa forma, sin perjuicio de indicar que sí confesó el delito, estimándose que su accionar más se encuadraba en la atenuante de colaboración sustancial, mucho más amplia y que recoge más plenamente el reconocimiento procesal que se hace ante este tipo de situaciones.

Señala el recurso que, en lo referido a eludir la acción de la justicia, no comparte el razonamiento, pues la doctrina hace referencia a la posibilidad razonable de hacerlo, efectuando citas doctrinales al efecto, añadiendo que es claro que bastaba con no contestar o contestar el teléfono, para estar frente a una posibilidad razonable de sustraerse de la acción de la justicia.

Hace referencia que la denominada autodenuncia, en caso alguno debe tener un carácter técnico, citando también doctrina en el punto.

Finalmente, indica que concurre la confesión de delito, pues de forma espontánea, sin traductor oficial y sin la presencia de un abogado defensor, ante el dialogo informal sostenido con un funcionario policial, manifestó haber dado muerte a su esposa, efectuando también citas doctrinarias en



el punto, como asimismo otras citas respecto de la compatibilidad de esta atenuante con la del artículo 11 N° 9 del Código Penal, sobre la base de la diferencia en la naturaleza específica de la contribución procesal desplegada por el imputado en uno y otro caso, en las que se arguye que el 11 N° 8 se trataría de una contribución con relevancia puramente factual, mientras que el 11 N° 9 efectuaría una contribución con relevancia probatoria.

En segundo lugar, arguyó una errónea aplicación del artículo 68 del Código Penal. Dijo que la pena asignada al delito de femicidio es la de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, al favorecerle dos atenuantes, de acuerdo con lo que establece el artículo 68 inciso 2° del Código Penal, la pena se puede rebajar facultativamente en uno, dos o tres grados, decidiendo el tribunal rebajarla en un grado, considerando la necesidad de reflejar en la pena la gravedad del hecho y otras consideraciones que reproduce. Hace presente que uno de los jueces fue del parecer de rebajar en dos grados la pena asignada al delito, conforme la facultad que contempla el artículo 68 del Código Penal, atendida la importancia de la colaboración prestada por el acusado al esclarecimiento de los hechos.

Indica que es claro que la concurrencia de otra circunstancia atenuante, la del artículo 11 N° 8 del Código penal, hubiese llevado a rebajar hasta 2 grados la pena, como lo resolvió el voto de minoría en este punto.

Dice que la interpretación dada al inciso tercero del citado artículo 68 es del todo exegética y no se aviene con lo expuesto por algunos autores sobre el punto, pues se afinca simplemente en el vocablo podrá y no deberá.

Dice que el argumento no es del todo concluyente, ya sea por la existencia de otras disposiciones en que se utiliza la expresión "podrá", como los artículos 509 del Código Procedimiento Penal y 351 del Código Procesal Penal, citando doctrina que señala que la rebaja es obligatoria en, a lo



menos, un grado, no siendo, por ende, facultativa, sino obligatoria para el tribunal.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público solicitó el rechazo del recurso, argumentando que no existió el error de derecho que se denuncia.

TERCERO: Que invocándose por la parte recurrente exclusivamente la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, la existencia de un error de derecho en el pronunciamiento de la sentencia que influye en su parte dispositiva, para que el recurso pueda prosperar, se requiere que exista un error en la aplicación de una norma decisoria litis, sea de naturaleza procesal o sustantiva, pudiendo consistir el error, como ya tradicionalmente se ha determinado, en la falta de empleo de la norma pertinente o su empleo indebido o bien, la aplicación de una norma impertinente, todo lo cual, supone la mantención del establecimiento fáctico de la sentencia; en otros términos, los hechos determinados por los jueces, resultan inamovibles para el tribunal que conoce del recurso, limitándose la discusión al derecho aplicable al caso.

Por lo mismo, en caso alguno puede, vía recurso de nulidad y menos por la causal invocada, este tribunal avocarse al análisis de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal del juicio pues, salvo las hipótesis establecidas como motivos absolutos de nulidad que permiten el estudio del respeto de los principios limitativos de la libre valoración de la prueba y el deber de fundamentación de la sentencia, la valoración de la prueba es una cuestión privativa de los jueces del juicio y que, en este caso, no ha sido impugnada de modo alguno.

CUARTO: Que primeramente debe sostenerse que el recurrente plantea que, además de las circunstancias atenuantes reconocidas por la sentencia, esto es, la del artículo 11 N°s 6 y 9 del Código Penal, correspondería acoger la del artículo 11 N° 8 del mismo cuerpo legal y así,



aplicando la regla del artículo 68 inciso tercero del Código Penal, este tribunal debería acoger el recurso y dictar una sentencia de reemplazo que rebaje la pena en dos grados y no solo uno como lo hicieron los sentenciadores, imponiendo en definitiva, la pena de presidio mayor en su grado mínimo, regulándola en 5 años y 1 día de privación de libertad o la que se estime ajustada a derecho.

Desde luego debe indicarse que, con relación a la supuesta infracción al artículo 68 inciso tercero del Código de Penal, el recurrente sostuvo la opinión jurídica que la rebaja era obligatoria y, de acuerdo con la cita que se hace a la opinión del señor Juan Pablo Mañalich, esta rebaja debería ser, por lo menos, de un grado.

Pues bien, el tribunal rebajó la pena en un grado y, consiguientemente, no existe error alguno en la interpretación que efectuó pues, aun en la lógica del recurrente, la rebaja de dos o tres grados siempre sería facultativa para el tribunal, cuestión que debería determinarse en ejercicio de las facultades que le son propias.

La norma señalada, además, sostiene que concurriendo dos o más atenuantes, el tribunal podrá rebajar la pena en uno, dos o tres grados. En consecuencia, en este caso, resulta irrelevante que eventualmente concorra una atenuante más pues la regla sigue siendo la misma y nada obliga a rebajar en dos o tres grados o, al menos, eso no ha sido sostenido en el recurso.

Así, con independencia de lo que se pueda decir de la concurrencia de la atenuante del artículo 11 N° 8 del Código Penal, el eventual error en su desestimación no ha influido en lo dispositivo del fallo y, por lo mismo, este recurso no puede prosperar y tan es así que el propio tribunal, en su sentencia señaló que aun concurriendo esta atenuante: *"de todas formas igual se habría decidido rebajarla en un solo grado, ya sea que se reconocieran dos o tres atenuantes"*.



QUINTO: Que, sin perjuicio de lo dicho, el recurrente basa fácticamente la concurrencia de la atenuante del artículo 11 N° 8 del Código Penal, en la circunstancia que el imputado, existiendo un orden de búsqueda desde Inglaterra, contestó un llamado telefónico de la policía chilena, identificándose con su nombre, para seguidamente esperar la llegada de la policía. Transcurridos 20 a 25 minutos, la policía lo contactó, se subió al carro policial y de forma espontánea, sin traductor oficial y sin defensor presente, confesó haber dado muerte a su pareja.

Pues bien, si se lee el considerando decimoquinto de la sentencia recurrida, se aprecia que el tribunal consideró, para acoger la atenuante prevista en el artículo 11 N° 9 del Código penal, precisamente la confesión que el imputado prestó a la policía, misma que sirve a la defensa para pretender que también se considere en su favor la atenuante del artículo 11 N° 8 de este cuerpo legal, de lo que, además, también se hizo cargo el tribunal pues, sin perjuicio de otras consideraciones respecto de la concurrencia de los requisitos de esta última minorante, particularmente la posibilidad del acusado de eludir la acción de la justicia, entendió que su: *"accionar más se encuadraba en la atenuante de colaboración sustancial, mucho más amplia y que recoge más plenamente el reconocimiento procesal que se hace ante este tipo de situaciones."*

Luego, sin perjuicio que puede compartirse que, eventualmente, las atenuantes de los N°s 8 y 9 del artículo 11 del Código Penal puedan ser compatibles, ello supone, como cuestión cardinal, que la base fáctica de una y otra sea distinta pues, si ello no es así, se pide que el tribunal valore doblemente unos mismos hechos, beneficiando de modo injusto al imputado, pues su cooperación con la justicia fue una sola y, consecuentemente, dicha conducta debe ser valorada una solo vez.

Por ello se ha estimado que considerar dos atenuantes sustentadas en unos mismos hechos infringe al



principio del non bis in idem. Así lo dice expresamente el profesor Mario Garrido Montt, si bien para otras atenuantes que pudiera vincularse por la comunión de sus elementos: *“No existe inconveniente para que el delincuente actúe en vindicación de una ofensa próxima y, coetáneamente, por estímulos poderosos. Lo que no procede es calificar a un mismo estado anímico como conformante de más de una atenuante, por cuanto se infringiría entonces el principio non bis in idem.”* (Derecho Penal, Tomo I, pág. 184).

Lo mismo dice el profesor Enrique Cury: *“A causa de que se encuentren efectivamente en la mencionada relación de género a especie, las atenuantes emocionales son incompatibles entre sí, de manera que un mismo hecho no puede jamás servir de fundamento a dos o más de ellas, porque eso implicaría violar el principio del non bis in idem.”* (Derecho Penal, parte general, Tomo II, pág. 109).

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad deducido por el Defensor Penal Público don Roberto Vega Taucare, en representación de Desmond Macleod Nehemir, en contra de la sentencia definitiva de diecisiete de marzo del año dos mil veintidós, dictada en esta causa RUC 1900469774-2, RIT 317-2021 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, declarándose que no es nula.

Regístrese y comuníquese.

Ro1 222-2022 (PENAL)

Redactada por el Ministro Titular Sr. Dinko Franulic Cetinic.





FTJLZHXWZE

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta integrada por Ministro Dinko Franulic C., Ministra Suplente Ingrid Tatiana Castillo F. y Abogado Integrante Jorge Ignacio León R. Antofagasta, seis de mayo de dos mil veintidós.

En Antofagasta, a seis de mayo de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 02 de abril de 2022, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>