

CORTE DE APELACIONES

Caratulado:

MINISTERIO PUBLICO TALTAL C/ -----

Rol:

266-2023

Fecha de sentencia:	28-04-2023
Sala:	Segunda
Materia:	702
Tipo Recurso:	Penal-nulidad
Resultado recurso:	ACOGE RECURSO NULIDAD
Corte de origen:	C.A. de Antofagasta
Cita bibliográfica:	MINISTERIO PUBLICO TALTAL C/ -----: 28-04-2023 (-), Rol N° 266-2023. En Buscador Corte de Apelaciones (https://juris.pjud.cl/busqueda/u?cnxpd). Fecha de consulta: 29-04-2023



Utilice una aplicación QR desde su teléfono para escanear este código y consultar la sentencia desde el sistema.

[Ir a Sentencia](#)

Antofagasta, veintiocho de abril de dos mil veintitrés.

VISTOS:

El desarrollo de la audiencia celebrada con fecha 13 de abril del año en curso, ante la Segunda Sala integrada por los Ministros Titulares Oscar Clavería Guzmán, Dinko Franulic Cetinic y Eric Sepúlveda Casanova, para conocer el recurso de nulidad interpuesto por FABIÁN ESPEJO CARVAJAL, Defensor Penal Público, en representación de -----, en contra de la sentencia de fecha catorce de marzo de dos mil veintitrés, dictada en causa RIT 390-2022 RUC 2200097668-0 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, que por su resolutive II condenó a la acusada a la pena de diez (10) años y un (1) día de presidio mayor en su grado medio, y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante el tiempo de la condena, como autora del delito de homicidio, cometido en la ciudad de Taltal la madrugada del 30 de enero de 2022.

Comparecieron en estrados el abogado defensor penal público Fabián Espejo Carvajal, por el recurso, y el abogado asesor del Fiscal Regional del Ministerio Público José Troncoso Valdés, contra el mismo, quedando sus alegaciones registradas en el sistema de audio.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el defensor penal público ha recurrido de nulidad de la sentencia definitiva que condenó a ----- como autora del delito de homicidio simple a la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, más accesorias legales, porque a su juicio se ha incurrido en varias causales que exigen anular el juicio y la sentencia, o sólo esta última.

La causal principal la funda en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por haberse

pronunciado la sentencia con un error de hecho determinante en el fallo, en dos formas: la primera porque se desconoce la atenuante del número 8 del artículo 11 del Código Penal y, la segunda por no calificar la minorante del número 9 de la misma disposición en los términos del artículo 68 bis del Código Penal. En subsidio, invoca el motivo absoluto nulidad la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal porque la sentencia omitió requisitos previstos en el artículo 342 letras c), d) o e), en dos formas, infracción al principio de razón suficiente al negar el reconocimiento de la atenuante del número ocho ya referida, basado en los servicios de la encartada, al otro lado fundamentos copulativos sin sustento probatorio para negarlo, la segunda forma, la infracción al principio lógico de no contradicción y razón suficiente cuando pese a reconocer el aporte o compromiso para el esclarecimiento los hechos de forma trascendental por parte de la encartada, desestima la calificación de la misma en los términos que fueron planteados.

Pide en el evento del error de derecho, la nulidad la sentencia y la dictación de una de reemplazo que declare procedente la atenuante solicitada, considerando la que le beneficia y por norma de determinación de la pena proceda a la rebaja en un grado, imponiendo la pena de presidio menor en su grado mínimo, en su parte más baja; en el segundo aspecto, la misma petición pero en virtud al artículo 68 bis del Código Penal, que se imponga la pena indicada; de acogerse todas las alegaciones de atenuantes solicita se reconozca concurrente una atenuante muy calificada y otra del artículo 11 N° 8 del Código Penal, que permitiría de la misma forma imponer una pena inferior en grado, y habilita a imponer la pena de 05 años y 01 día de presidio mayor en su grado mínimo; si se acoge la causal subsidiaria, solicita la declare nula la sentencia y el juicio, disponiendo la audiencia que corresponda.

En cuanto al error de derecho en su primer aspecto, se incurre al desconocer la atenuante del numeral ocho, ya que los jueces la rechazaron porque básicamente significaría premiarla doblemente por la misma conducta, lo que a juicio de la defensa no tiene fundamento legal, desde que ambas atenuantes pueden operar conjuntamente como factores de determinación de la pena, pues si bien en las dos es reconocible una contribución supere rogativa para con el ejercicio de la persecución penal, una y otra atenuante se diferencian en atención a la naturaleza que exhibe la colaboración del imputado: bajo el Nro. 8 se trata de una contribución de índole factual; bajo el Nro. 9, en cambio, de una contribución con

relevancia probatoria, lo que se reafirma, según lo expresa la Excelentísima Corte Suprema en una sentencia del año 2007 que individualiza.

El respaldo material es haber concurrido por sus propios medios al Ministerio Público de Tal Tal, donde se entrevistó con el fiscal adjunto y asumió su participación culpable en el homicidio, confesando ante él y posteriormente detenida por funcionarios de la PDI en las mismas dependencias, sin que ningún funcionario de la policía hubiese sostenido que la imputada era blanco de la investigación o persona sindicada como autora del delito, sin que existiese en su contra una investigación de ningún orden o citación en su contra, por lo que perfectamente tuvo la posibilidad, en ese periodo desde la perpetración del hecho hasta su entrega voluntaria, de fugarse u ocultarse, con el fin de eludir la acción de la justicia, debiendo aclararse que el concepto denuncia y confesión no ha de ser tomado técnicamente en el sentido de la correspondiente noción procesal, sino que debe ser entendido como designativo de la acción por el cual la imputada se pone a disposición de la justicia, esto es, comparece ante ella. Exigir ser la primera en dar cuenta el delito, sobrepasa al texto de la norma legal como bien lo señala la doctrina nacional al indicar que la voz denunciar está empleada en el sentido natural, corriente y no jurídico, siendo suficiente presentarse ante la autoridad respectiva y confesar. En un segundo aspecto, se reprocha la sentencia cuando rechaza tener como muy calificada la atenuante novena del artículo 11 del Código Penal al indicar “que la acusada sólo decidió decir la verdad cuando se “destapó la olla” y que si no hubiera sido por la declaración de la testigo ----- (que fue lo que ‘destapó la olla’) probablemente habría persistido en su actitud mendaz” (textual), sosteniéndose que la sentencia no coincide con los hechos acreditados porque la imputada decidió confesar y entregarse después de sostener una conversación con su pareja, ex imputado como autor del delito, a quien le había ventilado ese comentario sin referirse al conocimiento del antecedente que había declarado una testigo reservada, por lo que se estima que los sentenciadores pareciera que le dan una exigencia que la norma no prevé para su concurrencia, es decir, que deba configurarse en un momento u oportunidad determinado, por lo que teniendo presente que no sólo renunció a su derecho de guardar silencio sin presencia de abogado, asumió los resultados de la investigación, indicó que fue la única en participar activamente en las diversas diligencias de investigación como la reconstitución de escena, autorizó fijaciones fotográficas, entregó antecedentes sobre la participación del imputado que a la postre

fácticamente el tribunal tiene por asentado, esto es, la circunstancia que este cuchillo fue proporcionado por el acusado, se describe el elemento homicida que no se aportó como evidencia en juicio y explica el móvil que generó la discusión entre la pareja, todos elementos concordantes con la prueba de cargo que permitía tener por muy calificada, errores que influyen en lo expositivo del fallo pues de acogerse el primer aspecto implicaría que la imputada le asisten dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, pudiéndose aplicar una pena inferior, en la forma que se expresó, en presidio mayor en su grado mínimo, en la parte más baja y, en el caso del segundo aspecto, en virtud artículo 68 bis del Código Penal procedía imponer una pena inferior en un grado al mínimo, logrando la misma sanción de igual manera, si se acoge en todas las alegaciones.

Sobre la causal subsidiaria, cuando se descarta la atenuante del artículo 11 N° 8 del Código Penal, porque básicamente significaría premiarla doblemente por la misma conducta, al punto que si se le reconociera esta atenuante no se le podía reconocer la del artículo 11 N° 9, sin incurrir en un exceso. Se estima un razonamiento incompleto e insuficiente porque considera la concesión de la atenuante un premio doble, cuando claramente hay diferencia en aportar sustancialmente a los hechos materia del juicio, y el otro, es acudir por sus propios medios confesando para asumir las consecuencias del mismo, cuarenta y cinco días después de haberse perpetrado el hecho punible, sin que se exprese en forma clara, completa y suficiente por qué se incurre en un exceso; la segunda forma, es cuando se niega la calificación de la atenuante 9°, por las razones que ya se dieron, pues infringe el principio lógico de no contradicción al reconocer el aporte probatorio trascendental para la investigación y el juicio, expresándose en el considerando Noveno que la participación se encuentra acreditada fundamentalmente con la declaración de la acusada y que en lo medular se estimó fiel a la verdad, por lo tanto se contradice cuando no hay mérito para calificar la atenuante al considerar que sólo decidió decir la verdad cuando “Se destapó la olla”. Por lo expuesto es claro, según la defensa, que se reconoce el aporte de la imputada para el establecimiento de los hechos probados en el juicio, que en definitiva permitieron la decisión de condena aportando elementos claves como la participación, el elemento homicida, el móvil del mismo y la participación de los terceros involucrados, como también el hecho propio que el ente persecutor reconozca en la misma acusación la procedencia de la aminorante del artículo 11 N° 9, sin embargo pese a todos estos antecedentes, los sentenciadores exponen que no

procede calificar la atenuante, dando a entender que debe configurarse en una oportunidad determinada, cuestión que no exige la norma legal ni se funda cómo se llega a esa determinación.

SEGUNDO Que el Ministerio Público solicitó el rechazo del recurso, haciendo presente un aspecto formal en razón a que no se desarrolló el argumento vinculado con la calificación de la atenuante en virtud del artículo 68 bis, entendiéndose que se ha producido una renuncia tácita desde que no hay elementos para poder controvertir un argumento que no desarrolla. Respecto de la atenuante del artículo 11 N° 8 exige que se realicen toda la sentencia porque además del considerando Undécimo debe ser considerando Noveno vinculado con la participación de la imputada donde se reconoce tempranamente la confesión, se precisan los aportes y por lo mismo después se concluye que sería un exceso acoger la atenuante del N° 8. En este sentido sostiene que la entrega ocurre en un contexto bastante singular ya que los testigos precisaron que quien acertó con un cuchillo era la imputada que se entregó posteriormente después de haber ocultado en forma real la participación, por tanto ni en el fondo ni en la forma es posible reconocer la atenuante. Sobre los motivos absolutos de nulidad y la infracción a los principios lógicos de razón suficiente y no contradicción, también pide el rechazo porque la sentencia no ha sido del todo coherente cuyo razonamiento comenzó a propósito de la credibilidad de los dichos de la sentenciada, cumpliéndose los requisitos legales en cuanto a que los argumentos fueron claros y precisos, por lo que pide el rechazo total del recurso.

TERCERO: Que desde ya deberá rechazarse el segundo aspecto del error de derecho en lo concerniente a la calificación en virtud del artículo 68 bis del Código Penal, de la atenuante 9° del artículo 11 del mismo código, porque no habiéndose desarrollado en la audiencia el tema específico, debe entenderse que se ha producido un desistimiento del argumento o un abandono del mismo, que obliga a excluirlo con el objeto de evitar dejar en la indefensión, en este caso al Ministerio Público.

CUARTO: Que efectivamente en la sentencia impugnada se estableció en su considerando Noveno “que la participación de la acusada en estos hechos se encuentra acreditada fundamentalmente con los dichos de la testigo protegida ---- y con la declaración de la propia acusada, a la cual ya nos hemos referido en el motivo cuarto, que en lo medular el tribunal estima fiel a la verdad”; como también

para desestimar la atenuante del N° 8 del artículo 11 del Código Penal, se sostuvo textualmente:

“Pero, además, pidió que se le reconociera la atenuante del artículo 11 n° 8 del mismo código (porque pese a que pudo darse a la fuga se entregó y confesó el delito), petición a la que el tribunal no accederá porque básicamente significaría premiarla doblemente por la misma conducta, de manera que si se le reconociera la atenuante del artículo 11 n° 8 no se le podría reconocer la del artículo 11 n° 9 sin incurrir en un exceso.

Se optará por reconocerle esta última por tratarse de una atenuante más amplia y comprensiva que abarca la hipótesis morigeratoria que describe la primera.”

Además, en del considerando Noveno, se extrae que la imputada denunció el delito por la que fue condenada, permitió que el coimputado obtuviera su libertad y a la postre se le absolviera de ser autor de este mismo hecho, concluyéndose al inicio de la reflexión: “Que la participación de la acusada en estos hechos se encuentra acreditada fundamentalmente con los dichos de la testigo protegida ----- y con la declaración de la propia acusada, a la cual ya nos hemos referido en el motivo cuarto, que en lo medular el tribunal estima fiel a la verdad”.

QUINTO: Que las atenuantes de responsabilidad penal, representan circunstancias materiales que disminuyen la pena asignada al delito y en su concurrencia, requiere una individualización, pero que no necesariamente debe aplicarse el mismo criterio o principios estudiados para los delitos, pues su enfoque debe ser distinto, ya que el principio de legalidad constriñe estrictamente la conducta típica en un ilícito penal, no así, en las circunstancias modificatorias de una responsabilidad penal destinadas a disminuir la pena, porque en ese caso rige el principio “in dubio pro reo” y una interpretación a favor del sentenciado, por lo tanto desde ya para estudiar la compatibilidad de la atenuante de los Nos. 8 y 9 del artículo 11 del Código Penal, no debe aplicarse la regla de concurso de delitos porque ello persigue un fin distinto y exige requisitos diferentes, pues justamente el concurso de delitos suele tratarse al final en la unidad y pluralidad de acciones, desde que se pone de manifiesto que “son impracticables todos aquellos conceptos prejurídicos y ontológicos de la acción que pretenden construir ésta al margen de la ley con criterios en suma naturales, llámese causales finales o sociales” (Derecho Penal Español Dykinson Madrid 1992. Págs 847). Por esta razón aparece más conveniente y racional, el criterio que

propone Juan Pablo Mañalich Raffo, en su artículo sobre “El comportamiento sobre el oratorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad penal” (Revista de derecho. Valdivia volumen 28 número dos diciembre 2015), para separar aquellas que se fundan en la culpabilidad por el hecho que se atribuye al imputado, en circunstancias intrínsecas al respectivo hecho punible, y circunstancias extrínsecas que deben descartarse las circunstancias que no guardan relación con esos mismos presupuestos; por lo tanto las atenuante de los Nos. 8 y 9 del citado artículo 11, cobran relevancia como aquellas ajenas al reproche de culpabilidad, por lo mismo debe realizarse el comportamiento posterior del imputado y el incentivo político criminal de los fundamentos, por la contribución al establecimiento judicial de su responsabilidad jurídico penal, especialmente la facilitación procesal de su propia condena y ahí surge el carácter supererogatorio del comportamiento procesal del imputado como fundamento de la disminución de la pena, debiendo hacerse una distinción en la exigencia del N° 9 por la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, mientras que la del N° 8 tiene una índole puramente factual, que determina el sentido preciso que ha de atribuirse a la exigencia que el imputado haya podido eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose y además se haya denunciado y confesado el delito.

SEXTO: Que la jurisprudencia no ha sido pacífica en resolver esta cuestión, pero ya sabemos que la atenuante 9° fue incorporada sólo en el año 2002 por la Ley N° 19.806 mientras que la aminorante 8°, está incorporada desde los inicios del Código Penal en el año 1874.

La atenuante 8°, no responde al Código Penal español de 1848, sino que en la sesión octava del 17 de mayo de 1870, se dejó claro no consignar en nuestro código la teoría del código español, y a propósito de la opinión del señor Reyes, se incorporaron atenuantes del código austriaco entre las cuales se incluyó la N° 8 en el siguiente sentido: “si del proceso no resulta otra prueba contra el delincuente que su espontánea confesión”, pero en la revisión, sesiones 115 y siguientes, particularmente en la número 122, el N° 8 se redactó “para dar más propiedad a sus expresiones, en los siguientes términos: ‘si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose se ha denunciado i confesado el delito’” (sic); debe concluirse, por consiguiente, que lo sustancial es la valoración jurídica del comportamiento procesal del imputado que debió poder eludir la acción de la justicia por medio de

la fuga u ocultándose, prescindir de ello y luego denunciarse y confesar el delito; todas estas conductas confluyen en el comportamiento de la imputada, desde que ella al momento de presentarse ante la Fiscalía no tenía orden judicial alguna que la requiriera y bien pudo huir del lugar como quedó asentado en la sentencia de mérito.

Por otro lado la denuncia, se ha discutido que debe ser inicial, lo que no aplica en este caso, únicamente porque los hechos contenidos no estaban denunciados en el sentido que ella había enterrado el cuchillo y ocasionado la muerte a la víctima. Esto era una situación nueva, que además contiene indubitadamente una confesión, lo que trajo enormes consecuencia procesales que dejaron sin efecto cautelares personales que afectaban a otro imputado. Circunstancias ajenas a los motivos psicológicos expuestos en la sentencia, no exigidos en la norma, que significan objetivamente, un arrepentimiento y sumisión a la justicia, admitiendo su castigo, que es justamente lo que busca el legislador en esta aminorante.

SÉPTIMO: Que además se sostiene que la atenuante 8°, también se fundamenta en el comportamiento posterior del responsable, pero se explica por razones de política criminal, que no favorecen al sujeto pasivo del delito, sino a la acción de la justicia que de otro modo se vería frustrada o retardada (Carlos Künsemüller Loebenfelder Titant Lo Blanch. Valencia 2019. Págs 149) y citándolo a Novoa, “advierde en el delincuente una actitud posterior al delito, que el legislador aprecia con benevolencia en razón de la voluntaria sujeción al orden jurídico y particularmente al orden sancionatorio penal, que constituye su expresión más severa” en suma, vuelve un arrepentimiento por el delito o respeto por las normas jurídicas (Novoa Monreal curso derecho penal chileno parte general editorial jurídica de Chile 2005 página 36), pero se agrega la exigencia de un futuro más o menos cercano y que la denuncia a la autoridad no tiene un significado técnico procesal, sino en general y corriente, existiendo sentencias contemporáneas con una interpretación sobre la voz denuncia, como sinónimo de comparecer o presentarse ante la justicia para acoger esta circunstancia, pese a existir ya un proceso criminal en marcha. Se cita jurisprudencia reiterada de la Excelentísima Corte Suprema que ha establecido que no empece a la atenuante el hecho de que el proceso ya esté iniciado cuando se presenta el responsable, ya que la palabra denunciado no está tomada en sentido estrictamente jurídico, sino su sentido natural

y corriente que es el de comparecer ante la justicia, que significa simplemente presentarse ante sus agentes, aunque ya se haya iniciado el proceso porque para algunos autores la voz denuncia no está empleada en el sentido técnico procesal sino coloquial, de entregarse a la justicia o comparecer ante ella, por lo mismo la denuncia puede ocurrir aunque el proceso ya esté iniciado e incluso se haya dirigido en su contra. Es suficiente que el inculpado se presente ante la autoridad respectiva y confiese, aunque exista denuncia anterior o que el proceso se esté instruyendo (se cita a Garrido Montt parte general segunda edición Santiago editorial jurídica de Chile 2007 página 202).

También desde un punto de vista lógico, se ha sostenido “que si aceptamos que los requisitos son copulativos, se debe también aceptar que ‘denunciarse’ y ‘confesar el delito’ son dos cosas distintas. Y si son dos cosas distintas, y “denunciarse” significa entregar a la policía o al Ministerio Público, la primera noticia sobre el crimen, esto es que la policía o el acusador, nada sabían al respecto, no se encontraría entonces implicada ya la confesión en el requisito de denunciar el delito, y desde esa perspectiva el legislador estaría indicando una obviedad. Pareciera que siguiendo un fundamento vinculado a los principios de la lógica, y ratificando los razonamientos de Novoa, solo es posible aceptar, que la expresión ‘denunciarse y confesar el delito’, no está tomado en su significado normal ni jurídico estricto. A mayor abundamiento, si se comparte que solo puede eludir la acción de la justicia, aquel que es perseguido por la misma, se debe de igual modo compartir, que nadie que sea ignorado por la justicia huye de ella, desde que toda la maquinaria estatal vinculada a la persecución penal, aún no se ha puesto en movimiento, desde que no tiene noticia criminal alguna para comenzar a perseguir. Razonar de un modo distinto, implicaría que los autores de un delito, jamás podrían cumplir el requisito que el acusador a este tiempo viene reclamando.[Sentencia de la Corte Suprema de 05 de diciembre de 1983, en Gaceta Jurídica N°42, p. 59; sentencia de la I.C. de Apelaciones de Santiago de 16/11/1990 en Gaceta Jurídica N°125, p. 64; Sentencia de la I.C. Apelaciones de San Miguel, de 19/06/1992, en Gaceta Jurídica N°144 p. 105, etc. Novoa ob. cit. p. 37.]” (Rol 179-2016, RUC 1500917613-3, Tribunal del Juicio Oral de Puerto Montt).

OCTAVO: Que sobre la atenuante 9° se dijo en este mismo tribunal que: “el legislador estableció la colaboración sustancial a propósito de la otrora aminorante que exigía “espontánea confesión”, lo que demuestra inequívocamente los fines criminológicos y de política criminal para insertar en el

juzgamiento de la conducta la disposición del imputado frente a la persecución penal y ello no podría estar limitado por la evidencia inequívoca de la prueba de cargo o de los antecedentes que incorpore el Ministerio Público o el querellante en el procedimiento, porque ello limitaría objetivamente las facultades de los jueces de mérito en orden a considerar la conducta o la actitud de los inculpados para con el Estado a propósito de la exigencia del castigo por haber cometido un ilícito penal. Es importante destacar que para el Código Penal la individualización de la pena no solo está en sus artículos 67 y 68, sino particularmente, en lo que a pena privativa de libertad se refiere en su artículo 69, cuya determinación debe ponderar especialmente el número y la entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y la mayor o menor extensión del mal producido por el delito, lo que unido a la exigencia del artículo 11 N° 9, sobre el principio de proporcionalidad, obliga racional y jurídicamente a ponderar la conducta más allá de los resultados de la prueba de cargo o de las evidencias incorporadas al juicio, pues además ha de considerarse que el ser humano tiende a declararse inocente estrechando las opiniones de reproche, por su propia naturaleza del instinto de sobrevivencia y que justamente explica prescindir del juramento en las declaraciones o confesiones de los reos, acusados o inculpados, por consiguiente la posibilidad de incorporar elementos distorsionantes para construir una teoría del caso absolutoria o que mengüe su participación a formas imperfectas, debe necesariamente también considerar el juez. De la ley se infiere que la referencia a la colaboración al “esclarecimiento de los hechos”, no implica necesariamente referirse a la suficiencia de la prueba de cargo, porque ello significa una aplicación restrictiva desconociéndose el fundamento de este tipo de interpretación, sobre todo si en estas reflexiones se incorporan los antecedentes de la historia fidedigna pues “A la Comisión no le pareció adecuado, sin embargo, la mera eliminación de la 9ª circunstancia prevista en el artículo 11 del Código Penal, que configura una atenuante “si del proceso no resulta contra el procesado otro antecedente que su espontánea confesión”, la cual pierde aplicación al desaparecer la confesión como medio de prueba en el Código Procesal Penal. Las mismas razones de política criminal que llevaron al legislador de 1874 a contemplar tal atenuante nos han persuadido de que es preferible sustituirla, a fin de aminorar la sanción prevista para el imputado si éste colabora sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, en cualquier etapa del procedimiento penal. (Historia de la ley 19806 pág. 8 primer trámite constitucional); ya que se dejó establecido que: “Sobre el particular, se recabó la opinión del profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, señor Antonio

Bascuñán Rodríguez, quien coincidió en que la mantención de la atenuante, con la redacción originaria de Código Penal, es incongruente con los principios del nuevo régimen probatorio del Código Procesal Penal. Estimó que, para evitar esa contradicción, si no se quiere perder un criterio político-criminal razonable de determinación de la pena favorable al acusado, la regla debería generalizarse. Un buen modelo para ello se encuentra en el Código Penal austríaco de 1974, el cual en la parte pertinente dispone que constituye en especial una circunstancia atenuante "cuando el autor mediante su declaración ha contribuido esencialmente al descubrimiento de la verdad". El Ministerio Público sugirió dejar en claro que la circunstancia atenuante se extenderá al aporte de antecedentes a la investigación que haga el imputado, y que hubieren contribuido determinadamente al esclarecimiento de los hechos. La Comisión estuvo de acuerdo en que la atenuante deberá configurarse si el imputado aporta antecedentes o efectúa declaraciones que contribuyan al esclarecimiento de los hechos [la negrilla es nuestra], en cualquier etapa del procedimiento. Se incluye la colaboración que preste durante la investigación, porque, mientras más sustancial sea, menos peso deja a la colaboración durante el juicio, lo que es particularmente relevante en el caso del procedimiento abreviado. Ahora bien, es evidente que la contribución al esclarecimiento de los hechos tiene que ser significativa, de modo que justifique la menor necesidad de pena, expresada en su determinación atenuada (segundo informe de constitución página 11, segundo trámite constitucional); como en el presente caso que incluso podría perfectamente haberse sometido al procedimiento abreviado, en donde no se discutiría esta atenuante, tomando en consideración los mismos antecedentes, por lo que desconocer la atenuante además aparece fuera de la razón, en este caso concreto, justamente por la conducta de los imputados inequívocamente demostrada desde los inicios de la investigación, debiendo en consecuencia acoger la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal" (88-2021 Penal).

NOVENO: Que en suma, si la atenuante novena, sobre colaboración sustancial, no tiene la capacidad de absorber la denuncia y confesión, menos la circunstancia de poder eludir la acción de la justicia, como aspectos subjetivos expresivos del arrepentimiento por cualquier causa, demostrándose inequívocamente que en la realidad significó someterse a la justicia y aceptar su juzgamiento con la subsecuente y evidente condena (y no exactamente una contribución probatoria relevante*), cualquiera hayan sido los motivos, constituyen los aspectos básicos que el legislador propuso para atenuar la

pena impuesta, por lo que se estima que los jueces de fondo, al rechazar esta aminorante han incurrido en un error ostensible desde que dicha atenuante exige reflexionar sobre una disminución mayor en la pena asignada, al hacer procedente la rebaja en grados, razón por la cual no cabe, sino acoger el recurso, declarando nula la sentencia en este aspecto, debiendo separadamente dictarse la sentencia de reemplazo.

DÉCIMO: Que no obstante lo razonado y establecido, frente a la exigencia del inciso segundo del artículo 379 del Código Procesal Penal, al haberse deducido en favor de la imputada un motivo absoluto de nulidad, no ha podido pasar desapercibido la causal del artículo 374 letra e), con relación a las letras c) y d) del artículo 342, ambas del mismo código, específicamente, por haber prescindido de una exposición clara, lógica y completa de hechos y circunstancias que se dieran por probados favorables a la acusada y de su respectiva valoración que fundamenten conclusiones que no se efectuaron; o la ausencia de razones legales o doctrinales que han servido para calificar cada uno de los hechos y circunstancias que permitan fundamentar el fallo.

En la sentencia se deja claramente expresado que la imputada “Entró sola al baño. Y cuando se estaba colocando un tampón abrieron la puerta, la agarraron por atrás; ella miró y no era su pareja, sino Memo. Se puso a discutir con él, él empezó a decirle cosas, ella se puso a llorar y quedó en shock. Cuando salió del baño estaba Hugo ahí, que venía entrando a la casa, le preguntó qué le pasaba y ella le contó que Memo la había tocado en el baño”; circunstancias que no están discutidas y reconocidas por los jueces. Y cualquier objeción, en último caso, no es más que la defensa material que debe ser reconocida especialmente a propósito de su condición de mujer, dadas las especiales circunstancias que relata y que por lo demás fue el meollo o la fuente del inicio del conflicto.

UNDÉCIMO: Que esta situación dentro del debido proceso debió ser auscultada, analizada y reflexionada, independientemente de los intereses de los intervinientes, como defensa material, porque son los jueces quienes deben resolver el conflicto aplicando el derecho, siendo inequívoco la necesidad de analizar esta circunstancia material a la luz de las atenuantes 3°, 4° o 5° del artículo 11 del Código Penal, cuya concurrencia es determinante en la resolución final porque obligaba a revisar una rebaja de la pena en grados y que hoy pierde importancia por haberse acogido la causal de la letra

b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, pues de lo contrario habría sido necesario la realización de un nuevo juicio que respete las diferencias de género y la particular situación que afecta indiscutiblemente la honra y el pudor de cualquier mujer.

DUODÉCIMO: Que en lo que a perspectiva de género se refiere, vinculado a la necesidad de un juez imparcial, ecuánime que debe posicionarse en el conflicto jurídico sin alejarse del objeto del proceso como forma de solución pacífica como tampoco de la pretensión de las partes respecto de las cuales debe estar equidistante, se obliga a analizar prudente y objetivamente todas las circunstancias, especialmente en un proceso penal que puede ser determinante en la absolución, condena o la extensión de la pena; aspectos importantes que ha tenido presente la Excm. Corte Suprema en sentencia de fecha 16 de junio de 2022 sobre recurso de nulidad en causa rol 69687-2021 que en lo pertinente indica: “8°) Que en cuanto a la falta de aplicación de la perspectiva de género en el presente caso por parte del Ministerio Público en la etapa de la investigación, lo que a juicio de la defensa no fue debidamente ponderado por los jueces, es necesario realizar algunas consideraciones.

Cabe tener presente que por género se entiende “el conjunto de prácticas, creencias, representaciones y prescripciones sociales que surgen entre los integrantes de un grupo humano en función de una simbolización de la diferencia anatómica entre hombres y mujeres” (ARAYA NOVOA, M. (2020).

“Género y verdad, Valoración racional de la Prueba en los delitos de violencia patriarcal” en Revista de Estudios de la Justicia Número 32, junio de 2020, páginas 34), y “la perspectiva de género es un concepto y una herramienta surgida y construida desde el feminismo para identificar, develar y corregir las diferentes situaciones y contextos de opresión y de discriminación hacia las mujeres y personas LGTTTBIQ” (GAMA, R. (2020), “Prueba y Perspectiva de Género. Un comentario crítico” en Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio N° 1, 2020, páginas 288).

En virtud de tales concepciones, se afirma que “parece claro el papel que la perspectiva de género puede desempeñar en el ámbito de la disciplina probatoria, en tanto que permite al juzgador identificar los estereotipos subyacentes en sus evaluaciones, tomar conciencia de la posibilidad de que hayan

tenido incidencia en los procedimientos heurísticos a los que recurre inadvertidamente, y hacer uso de la información que proporciona este punto de vista para valorar sin prejuicios la prueba practicada.

Servirían así como máximas de la experiencia de indudable valor epistémico, en tanto que aportarían criterios cognoscitivos sobre la base de los cuales realizar inferencias, sin reproducir los roles inherentes a la distribución asimétrica de poder existente entre hombres y mujeres. Ciertamente, habrá ocasiones en que la realidad de lo sucedido se ajuste al estereotipo socialmente vigente, pero de lo que se trata es de hacerlo aflorar, de verbalizarlo, de ser consciente de su presencia, para evitar que determine, injustificadamente, reconstrucciones históricas erróneas y reproductoras de la desigualdad” (Ramírez Ortiz, José Luis, Testimonio Único de la Víctima en el Proceso Penal Desde la Perspectiva de Género, páginas 29-30, en Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, Quaestio facti, Madrid, año 2019)

Por ello en la actividad de valoración del material probatorio, el juez al realizar esta tarea debe evitar aplicar criterios subjetivos, desprovistos de racionalidad, que, obviamente, comprende desechar las ideas preconcebidas, prejuicios o estereotipos de la mujer, especialmente referidos a su rol en la sociedad o en la familia, que puedan afectar el razonamiento probatorio que sirve de base a su decisión del caso propuesto.

En la especie, la sentencia descarta las alegaciones de la defensa, por estimar, al momento de valorar la prueba en su conjunto, que los presupuestos fácticos en que se basan y que explicarían la conducta de la imputada, esto es, que la víctima trata de agredir sexualmente a la acusada, por lo que esta última solo se defendió y la violencia intrafamiliar que habría sufrido a lo largo de la relación con el occiso, por insuficiencia de los medios de prueba rendidos por la defensa. En efecto, se rindió prueba por la defensa de la sentenciada que no fue bastante para acreditar una vida de abuso, de violencia física o sexual de parte de la víctima hacia la imputada o de una situación asimétrica de poder entre ellos durante el tiempo de su convivencia”.

DECIMOTERCERO: Que según se viene razonando la omisión constatada en este caso no deriva en la nulidad del juicio y de la sentencia porque dado lo resuelto en voto de mayoría, como se dirá, la

consideración de las aminorantes no influiría en lo dispositivo del fallo, ya que conforme la sentencia de reemplazo se efectuará la rebaja adecuada a la consideración holística de los hechos.

DECIMOCUARTO: Que por lo resuelto resulta inoficioso y contradictorio un pronunciamiento sobre los demás tópicos alegados en la causal subsidiaria de nulidad.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, SE ACOGE, el recurso de nulidad interpuesto por FABIÁN ESPEJO CARVAJAL, Defensor Penal Público, en representación de -----, en contra de la sentencia de fecha catorce de marzo de dos mil veintitrés, dictada en causa RIT 390-2022 RUC 2200097668-0 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, la que se anula, parcialmente, en todo lo vinculado con la improcedencia de la atenuante establecida en el artículo 11 N° 8 del Código Penal, debiendo sin nueva vista, pero separadamente y a continuación dictarse la sentencia de reemplazo que en Derecho corresponda.

Acordado lo anterior con el voto en contra del Ministro Titular Sr. Dinko Franulic Cetinic, quien estuvo por rechazar el recurso de nulidad, en atención al siguiente fundamento:

Que el recurrente pretende se acoja la atenuante del artículo 11 N° 8 del Código Penal, sobre la base que la acusada habría confesado su participación en el delito, lo que fue considerado por el tribunal para acoger la atenuante prevista en el artículo 11 N° 9 de dicho cuerpo legal.

Luego, como esta Corte ha señalado reiteradamente, sin perjuicio que puede compartirse que, eventualmente, la atenuantes de los Nos. 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 a la imputada 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 los 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)

Regístrese y comuníquese.

Rol 266-2023 (PENAL)

Redacción del Ministro Titular Sr. Oscar Clavería Guzmán y del voto disidente, su autor.

No firma el Ministro Titular Sr. Eric Sepúlveda Casanova, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por encontrarse con permiso.