CORTE DE APELACIONES

PUERTO MONTT

Presidencia

13044

CORTE SUPREMA
OFICINA DE PARTES
SANTIAGO

24 ENE 2012

RECEPCION

OFICIO P-N° -2012.- 22

PUERTO MONTT, 20 de enero de 2012.

Dando cumplimiento a lo ordenado por Oficio N° 000872 de la Excma. Corte Suprema, en orden a informar sobre las dudas y dificultades que hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que hubiesen notado en ellas, se ha dispuesto remitir a US. Excma. copia autorizada del acuerdo del Tribunal Pleno de esta Corte, de esta fecha.

Dios guarde a US. Excma.

TERESA MORA TORRES

PRESIDENTA (S)

LORENA FRESARD BRIONES

SECRETARIA

CORTE DE APELACIONES ★ PUERTO MONTT ★

SEÑOR

PRESIDENTE EXCMA. CORTE SUPREMA

SANTIAGO.

PODER JUDICIAL
CORTE DE APELACIONES
PUERTO MONTT

ACUERDO DE PLENO

En Puerto Montt, a veinte de enero de dos mil doce, se reunió el Tribunal Pleno de la Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en audiencia extraordinaria, presidido por la Presidenta Subrogante doña Teresa Mora Torres y con la asistencia de los Ministros Titulares don Jorge Ebensperger Brito y don Leopoldo Vera Muñoz y de la Ministro Suplente doña Patricia Miranda Alvarado. No concurre el Ministro Titular don Hernán Crisosto Greisse por encontrarse con feriado legal. Y acordaron lo siguiente:

Dando cumplimiento a lo solicitado por US. Excma. mediante oficio N° 000872 de 26 de diciembre de 2011, a fin de informar sobre la materia conforme al artículo 5 del Código Civil y artículo 102 del Código Orgánico de Tribunales, oído el Tribunal Pleno y con su acuerdo, se dispuso poner en vuestro conocimiento que en lo que respecta a este Tribunal de alzada, no existen dudas ni dificultades en la aplicación de las leyes, que no hayan sido resueltas en su oportunidad.

Que consultados los señores Jueces de la jurisdicción, la mayoría de éstos informaron en el sentido de no habérseles suscitado dudas ni dificultades en la aplicación de las leyes, ni de vacíos que noten en ellas, a excepción de los siguientes Tribunales quienes manifestaron tener dudas y dificultades en la aplicación de las leyes según se indica a continuación:

Juzgado de Familia de Puerto Montt: 1.- Oportunidad para hacer valer la oposición al divorcio por falta de cumplimiento de alimentos, ya que si bien, la norma del artículo 55 inciso 3 de la Ley 19.947 no señala

oportunidad y se aplicarían las normas generales, existe jurisprudencia que señalaba lo contrario, siendo deber del Juez verificar la situación cuando el demandado de divorcio se lo solicite, si bien, es una situación puntual y específica y quizás de no ordinaria ocurrencia, genera dudas.

2.- Tribunal competente en materia de divorcio unilateral cuando el demandado tiene domicilio fuera del país. Y Tribunal competente en materia de autorización para enajenar bienes raíces del hijo menor de edad cuando se refiere a más de un inmueble y situación en lugares distintos.

3.- Contradicción que existe entre la norma del artículo 64 inciso segundo de la Ley de Matrimonio Civil y artículo 58 de la Ley de Tribunales de Familia, en cuanto a la oportunidad para accionar de compensación económica.

4.- Dificultad de la aplicación del artículo 60 de la Ley 19.947 en cuanto al cumplimiento de la compensación económica y cuando es considerada como alimentos para los efectos de su cumplimiento y aplicación de los apremios que prevé la Ley de Alimentos, 14.908.

5.- Retención judicial de la pensión de alimentos, debidamente informada al empleador, quien no realiza el descuento del reajuste, acumulándose deuda por este concepto, es posible decretar apremios en contra del alimentante.

6.- Artículo 199 del Código Civil, en cuanto a la forma de notificación de las citaciones a toma de muestra de sangre para prueba biológica de ADN, para aplicar presunción de paternidad.

7.- El artículo 54-1 inciso tercero de la Ley de Tribunales de Familia excluye la posibilidad de rechazar de plano la demanda, en causas de filiación en que la acción evidentemente está prescrita o no procede. Sin embargo ello permitiría no someter a las partes a la tramitación de un proceso, diligencias probatorias, etc., sabiendo desde ya que se rechazará por falta de titularidad, por ejemplo.

La normativa de la Ley de Familia dentro del procedimiento ordinario en su artículo 58 establece la forma de la contestación de la demanda y de la reconvencional y sus plazos y la existencia de la

norma en materia de Ley de Matrimonio Civil, artículo 64 inciso segundo, que establece el deber de información que pesa sobre jueces de familia sobre el derecho a la compensación económica a los cónyuges, incluso si no se solicitare en la demanda, da la posibilidad de hacer valer pretensión en audiencia preparatoria como acción para cualquiera de los cónyuges o el juez solamente debe advertir del derecho a compensación sin que pueda entablarla, en un criterio practico de interpretación pareciera que se advierte del derecho para poder ejercerlo y entonces podría entablarse acción compensatoria en audiencia o en otra fecha y su contestación, por lo que existe disonancia con la normativa del procedimiento ordinario indicado y ha creado inconvenientes en la práctica judicial.

En materia de filiación, la normativa del artículo 206 del Código Civil que permite reclamación de filiación contra herederos en las circunstancias de dicha norma, veda la posibilidad de intentar la acción fuera de estos casos lo que está en abierta disonancia con el artículo 317 inciso segundo del mismo cuerpo legal, considerando además que en muchas situaciones se impetran derechos que emanan de la naturaleza humana respecto de los cuales los órganos del estado deben respetar y promoverlos ya que se trata de derechos que se garantizan por la constitución, tratados internacionales que se encuentran vigentes, específicamente en relación a situaciones fuera de la norma donde se impetra el derecho a la identidad que reúne las características de estos derechos, lo que aparece consagrado en convenciones internacionales y nuestra Constitución, teniendo presente la norma del artículo 5 de la Constitución, lo que ha generado diversos pronunciamiento del Tribunal Constitucional aplicables a los casos específicos deduciéndose acciones ante tribunales en casos diversos de la norma contra herederos.

Atendido el gran número de ingresos de causas por divorcio de común acuerdo que se traducen en una breve formalidad ante los jueces, que ocupa tiempo juez que debiera estar involucrado en cuestiones que necesariamente deben judicializarse dentro de las

múltiples materias de su competencia, debiera legislarse en estos casos que se efectúe por escritura pública ante escribano.

En materia de divorcio si el domicilio del demandado esta fuera del país, existen dudas sobre el tribunal competente asimismo en casos que se desconoce paradero del demandado por mucho tiempo no se sabe de su existencia para demandar el divorcio existirá una vía al efecto, por lo del domicilio.

Juzgado de Familia de Puerto Varas:

1. Si la primera notificación de la demanda se efectúa personalmente o en forma personal subsidiaria pero no cumple con la anticipación que exige la Ley:

a) La nueva notificación debe ser personal o bastaría, atendido que el demandado ya está en conocimiento de la causa, citarle por carta de conformidad al artículo 23 inciso 6° de la Ley 19.968.

b) Es necesario que la nueva notificación sea con la anticipación legal de 15 días hábiles.

2. ¿Es procedente el despacho de órdenes de arresto por no pago de compensación económica pactada en cuotas?

3. ¿Es procedente el despacho de órdenes de arresto en los casos en que los alimentantes son los abuelos?

4. Respecto de las competencias en las causas por Violencia Intrafamiliar: el artículo 81 de la Ley 19.968 establece que es competencia del Tribunal de Familia donde tiene domicilio la víctima.

Atendido a ello, ¿cuándo se radica la competencia?:

a) Al momento de ocurrir los hechos.

b) Al momento de denunciar.

c) Al momento de efectuarse la audiencia preparatoria.

5. Nos parece que el nombramiento de curador especial a que se refiere el artículo 124 del Código Civil (Título V libro I) es de competencia del Tribunal de Letras, toda vez que el artículo 8 de la Ley del 19.968 no establece esta materia de aquellas de competencia del Tribunal de Familia . ¿Se está en lo correcto?

6. Si una madre en representación del hijo, demanda de filiación y se desiste, ¿dicha resolución produce cosa juzgada y por tanto no es posible demandar nuevamente la filiación en contra de la misma persona?

7. Procede una causa Proteccional donde se solicita la entrega del cuidado personal de un niño, por ejemplo a los abuelos, para solo efecto previsional?

8. Procede en materia de Familia la suspensión del procedimiento, contemplada en el artículo 64 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, a solicitud de las partes, aunque atente contra los principios de celeridad y demás que informan el Derecho de Familia.

Juzgado de Familia de Ancud:

1. De acuerdo a lo previsto por la Ley 19.968 la etapa de discusión en el proceso de familia es escrito. Sin embargo, la Ley 19.947 establece el deber de información sobre el derecho a solicitar compensaciones económicas en la audiencia de preparación. ¿Eso quiere decir que tal acción puede ejercerse de manera incidental en la audiencia de preparación? Si así fuera, no existe certeza sobre el procedimiento aplicable para su tramitación, pues las opciones van desde considerarlo un incidente que debe ser contestado en audiencia o bien, considerarlo una verdadera demanda a la que por analogía es posible aplicar el procedimiento escrito. En este último caso cuál es la directriz para fijar la próxima audiencia ¿5, 10 15 días?. Cabe la posibilidad que se trate de un error del legislador al momento de establecer la etapa de discusión por escrito. En tal caso debería instarse por su corrección.

2. La Ley 20.066 establece la competencia para conocer los asuntos de violencia intrafamiliar en relación si los hechos son o no constitutivos de delito. Si los hechos constituyen delitos (por ejemplo, ejercicio de violencia física) es competente el Juzgado de Garantía. Si los hechos no constituyen delito (¿qué pasa con las faltas?) es de competencia del Juzgado de Familia. El ejemplo más característicos de ello es la violencia psicológica, sin embargo, aquí está el problema. La ley

establece la violencia intrafamiliar en relación con el acto de maltrato y el daño que padece la víctima. Si se establece la existencia de daño en la víctima, no es posible empíricamente considerar que tal daño no obedece sino a una conducta sistemática del agresor (en caso contrario se puede afirmar que no hay daño y por ende se trataría de un conflicto en la relación de pareja o filial). Si estamos frente a una conducta sistemática, se está frente al tipo penal de maltrato habitual. Ello en la práctica lleva a considerar todo acto constitutivo de violencia intrafamiliar como constitutiva de delito. Por lo tanto, los Juzgados de Familia no conocen finalmente de los actos de violencia intrafamiliar. Para comprobar aquello basta ver las estadísticas de los Juzgados de Familia y verificar la tasa de rechazo (por incompetencia, por no dar curso o por estimar que los hechos no constituyen VIF) de las denuncias o demandas de VIF.

Ello sin perjuicio del incentivo perverso que puede constituir no aplicar la suspensión condicional de la dictación de la sentencia por cuanto administrativamente la causa queda vigente (por al menos un año) lo que arrastra los números y estadística de funcionamiento del Tribunal.

3. La Ley 20.066 incluyó a los adultos mayores como víctimas potenciales de violencia intrafamiliar. Sin embargo, la conducta del agresor (que debe ser un integrante de su grupo familiar) aparece vinculada al maltrato descrito por el inciso 1° del artículo 5° de la Ley 20.066. Pese a que en materia cautelar, a través de las modificaciones que se introdujeron en el artículo 91 de la Ley 19.968, se incluye la debida ponderación de la situación de abandono del adulto mayor. Ello lleva a pensar que en la medida que exista una adulto mayor abandonado por su grupo familiar no se está frente a una situación de violencia intrafamiliar, aun cuando sí se pueden adoptar cautelares a su respecto.

4. Competencia en materia de violencia intrafamiliar conocida por los Juzgados de Familia. Es claro que debe estarse al domicilio víctima. Sin embargo, ¿a cuál domicilio de la víctima debe referirse? Unos piensan

que se trata del domicilio de la víctima al momento en que ocurrieron los hechos (una suerte de vinculación con criterios penales). Mientras que otros sostienen que se trata del domicilio de la víctima al momento en que se ingresa la denuncia al Tribunal (lo que excluye el domicilio de la víctima al momento en que hizo la denuncia ante el órgano administrativo, por ejemplo, carabineros). En cualquier caso el problema aparece cuando la víctima huye del lugar en el que residía, alterando su domicilio al momento de denunciar (por ejemplo señala vivía con su marido en Ancud (donde ocurrieron los hechos) pero que se traslada o se trasladará a vivir con su hermana en Fresia). En tal caso ¿Ancud o Puerto Varas?. Con todo, es claro que no puede alterarse la competencia por causal sobreviniente (principio de radicación o fijeza), sin embargo algunos tribunales han remitidos antecedentes con posterioridad a la audiencia de preparación.

5. A diferencia de lo que sucede en materia civil (artículo 231 y siguientes del Código de Procedimiento Civil) no existe para la etapa de cumplimiento en materia de familia una norma que regule la competencia en materia de cumplimiento. Ello lleva a pensar que la regla es que el propio tribunal que dictó la resolución se preocupe de la ejecución de lo resuelto (reglas de competencia del Código Orgánico de Tribunales). Sin embargo, puede el actor "trasladar" esa etapa de cumplimiento a un tribunal diverso, por ejemplo por cambiarse de domicilio. Incluso, aun cuando se haya cambiado de domicilio, puede el actor continuar tramitando la causa ante el Tribunal que originalmente declaró su derecho o está "obligado" a tramitar la etapa de cumplimiento en el Tribunal de su domicilio.

Juzgado de Letras del Trabajo de Castro:

a) Artículo 453 N° 1 inciso 2° del Código del Trabajo en relación la situación procesal que queda una causa a la que no han comparecido las partes a su audiencia preparatoria, ni han solicitado la realización de nuevo día y hora para su realización, transcurrido el plazo que la norma expresa.

b) Artículo 453 N° 1 inciso final del Código del Trabajo en relación con la procedencia del recurso de nulidad u otro para ser conocido por tribunales superiores respecto de la sentencia parcial dictada en audiencia preparatoria respecto de los hechos sobre los cuales ha habido conformidad y ordene el pago de prestaciones.

c) Artículo 501 del Código del Trabajo respecto a la procedencia de la exhibición de documentos y absolución de posiciones en la audiencia única de monitorio y la oportunidad en que ella podría ser pedida.

d) Artículo 8 del la Ley 17.322 en relación con la suma a consignar para la interposición del recurso de apelación respecto del ejecutado o institución de seguridad social que ha sido condenada a pagar y la constitucionalidad de la misma ante los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto de la doctrina "solve et repete" y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Tribunal Oral en lo Penal de Castro:

EN MATERIA PENAL SUSTANTIVA:

1.- Dentro del marco de un juicio de reclamación de tierras williche, salió a colación la aplicabilidad y alcance que deben otorgársele a las disposiciones contenidas en el Estatuto de Roma.

En ese contexto, la incorporación de Chile a sus preceptos, no implica que las normas penales establecidas en él adquieran el carácter de Derecho Penal aplicable por Tribunales chilenos, pues las normas de su Parte Especial determinan la competencia de la Corte Penal Internacional ratione materiae (art. 5°), y las reglas y principios de la Parte General del Estatuto son Derecho aplicable para la Corte (art. 21). Así pues, respecto de todo el universo de casos sometidos alternativamente a la jurisdicción de los tribunales chilenos y a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional existe una duplicidad de regulaciones penales sustantivas: el derecho penal chileno y el derecho penal contenido en el Estatuto de Roma.

Ciertamente, se puede sostener que ambos regímenes jurídicos son complementarios, al menos subsidiariamente, por los principios del

derecho internacional. Esto es explícito, tratándose del Estatuto de Roma (art. 21-1b), y puede sostenerse como consecuencia del principio de la incorporación del derecho internacional al derecho interno, conforme al principio de convencionalidad consagrado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero ello no obsta a la existencia de uno y otro como regímenes penales paralelos; así, ¿cómo podría el Estatuto de Roma presentar desafíos al Derecho Penal chileno? La pregunta tendría al menos dos respuestas posibles.

El sentido más importante, en el que se puede decir que el Estatuto de Roma presenta desafíos al Derecho Penal chileno, es el siguiente: como es bien sabido, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional opera bajo el principio de complementariedad, es decir, subsidiariamente a la jurisdicción de los Estados (art. 1°). Conforme al Estatuto, la admisibilidad del caso ante la Corte Penal Internacional depende, entre otras condiciones, que no se encuentre o no haya estado sometido ante los tribunales de un Estado que tenga jurisdicción sobre él. Esta causa de inadmisibilidad opera con tal que el Estado tenga o haya tenido la genuina voluntad y la habilidad de llevar adelante la investigación y prosecución (arts. 17-1 y 20-3). En términos generales, las controversias que puede originar el examen de admisibilidad por esta causa giran en torno a la buena fe con que haya intervenido o se encuentre interviniendo el Estado que ejerció o ejerce jurisdicción. Por esta razón, no se encuentra explícitamente regulado a propósito de la inadmisibilidad el supuesto en el que hubiere sentencia absolutoria o algún equivalente procesal anticipado en razón de atipicidad del comportamiento investigado o acusado.

Como aspecto secundario, es claro que el Estatuto de Roma no tiene el carácter de una codificación del Derecho Internacional Penal, la función de sus normas punitivas es tan sólo la de definir convencionalmente la jurisdicción de la Corte ratione materiae, fijación que no limita ni prejuzga en sentido alguno las reglas existentes o en desarrollo del Derecho Internacional para efectos distintos de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (art. 10). Con todo, el

Estatuto tiene significación para el Derecho Penal Internacional como punto de apoyo institucional para la demostración de la vigencia de las normas de comportamiento que se estima imponen a los Estados deberes de punición o al menos el deber de entregar o juzgar, en otras palabras, si bien las normas del Estatuto no limitan negativamente el ámbito del Derecho Penal Internacional, sí permiten demostrar positivamente su ámbito mínimo indiscutible, siendo entonces razonable la duda acerca de tomar o no en consideración al Estatuto de Roma como indicio de la medida a ser satisfecha por el Derecho Penal interno y la preponderancia de la jurisdicción internacional sobre la interna.

2.- En la legislación penal y administrativa nacional, existen, como tuvo ocasión de conocer el Tribunal en causa rit 31-2011, eventuales traslapos sancionatorios que podrían ir en perjuicio del encausado, quien se haría acreedor, eventualmente, de sanciones en aquellos dos órdenes normativos, lo que se traduciría en un vacío interpretativo.

Específicamente, en cuanto asunto ya resuelto en juicio, existiría una eventual colisión entre la sanción contemplada en los artículos 432 y 446 del Código Penal, que en su oportunidad fue propuesta en el libelo acusatorio, si se los relaciona con los artículos 21 del Decreto Ley 701 y 51 de la Ley 20.283, pues estas últimas, sancionan no sólo la acción de corta no autorizada, sino que además, la extracción efectiva de las maderas taladas fuera del predio en que se encontraban; así, la primera disposición, en forma tácita si se quiere, al referir el castigo a que se hace merecedor quien enajena los árboles ilícitamente cortados, razona sobre la base que al ser vendidos o traspasado su dominio a título oneroso a manos de un tercero, naturalmente supone la salida del predio desde el cual fueron talados; pero si ello no fuere bastante como razón lógica o suficientemente preclaro en el sentido hermenéutico que se busca imprimir, la segunda disposición citada va mucho más allá y esta vez sí es más inteligible exegéticamente, cuando afirma que terceros que realicen esta misma acción proscrita, tratándose de

bosques nativos, como sucede en el asunto sub judice, merecerán un castigo mayor que precisa, si retiran los fustes del predio desde el que fueron cortados los troncos, verbo que, siguiendo el Diccionario de la Lengua Española, quiere decir, en su primera acepción "apartar o separar a alguien o algo de otra persona o cosa o de un sitio", retiro que la propia norma asocia a la separación de los árboles talados desde el predio afectado, esto es, hacia el exterior del inmueble, rebasando sus límites o como se significa en un sentido penal, una determinada esfera de resguardo o custodia, configurada por los límites de la heredad, lo que implicaría, de paso, una especificación de un comportamiento sustractivo en una ley que trata precisa y particularmente conductas que se asocian al bosque nativo conformado, entre otras, por las especies que fueron motivo de la acusación, motivo por el cual, puede surgir una duda en exceso relevante, respecto de cuál disposición resulta adecuada y aplicable a este caso concreto, si la pena del hurto -de madera-, que en sí misma contiene una conducta apropiatoria o bien, la recién tratada, de este tercero que retira árboles talados de un predio; pareciendo plausible afirmar que por especialidad, esta última preferiría a aquella, razón por la cual podría estimarse que este concurso de leyes de un evidente tinte sancionatorio puede ser resuelto de aquella forma, excluyéndose la corporal del Código Penal que debe ser interpretada en sentido estricto, por la estipulada en la Ley 20.283, que contiene una sanción menos gravosa, de carácter pecuniario.

Lo anterior, introduce una problemática particular en relación con el principio de ne bis in idem, como garantía que implica la interdicción de duplicidad de sanciones ante un mismo supuesto de hecho; la cuestión no es baladí, pues la resolución a esta situación, puede generar consecuencias disfuncionales, pues por un lado, están en juego las garantías del infractor, que no debe sufrir una desproporcionada reacción sancionadora por el hecho cometido ni debe verse incurso en una situación de inseguridad jurídica; de ahí la obligación, se reitera, de precisar el marco normativo bajo cuyo prisma debe ser resuelta la cuestión sometida al conocimiento de este Tribunal

para no incurrir en aquella clase de arbitrariedades proscritas por el Legislador; de otro lado, está en juego la eficacia del Derecho Penal en materia medioambiental, en función de cómo se articule la dimensión procesal, evitando que la mayor celeridad o disposición sancionadora de la Administración vede de facto el recurso a la sanción penal en los casos de agresiones al medioambiente; así, la vertiente material del mentado principio veda la imposición de una pluralidad de sanciones, mientras que la vertiente procesal del principio conjura contra la posibilidad que se pueda realizar un doble enjuiciamiento por órganos sancionadores distintos, del mismo hecho, lo que podría derivar en contradicciones en su valoración, con consecuencias respecto del derecho a la presunción de inocencia y de la seguridad jurídica.

3.- El delito de aborto, en nuestro ordenamiento, se encuentra regulado en el Libro II, Título VII, párrafo 1, artículos 342 a 345 del Código Penal. Sobre este ilícito, surgen dudas en materia de íter criminis, dado que una vez que se produce el nacimiento, lo que ocurra luego con el nacido será considerado un delito contra las personas que escapa a la regulación del aborto y que se sitúa en la regulación del infanticidio conforme al art. 394 del citado texto legal. En ese entendido, ¿cuándo se produce el nacimiento? Si las personas son tales desde que se separan de la madre, y es persona todo aquél que se ha separado completamente de la madre y sobrevive un momento siquiera, entonces, ¿cuándo hay separación completa de la madre?, ¿qué pasa con la interrupción temprana del embarazo en que no se da muerte al feto sino que sobrevive ya como persona?, ¿qué pasa si se interrumpe tempranamente el embarazo y el nacido muere producto de su estado prematuro, pero con posterioridad a las 48 horas? Podría decirse que la consumación del aborto se produce con la expulsión del feto. Luego, si sólo hay interrupción del embarazo, sin expulsión del feto, recién se podría hablar de tentativa o bien frustración dependiendo del caso, pero no de aborto consumado, si nos regimos por la definición de persona del art. 74 Código Civil, ya que resulta evidente que no bastaría con la

expulsión del feto, sino que además habría que requerir el corte del cordón umbilical, pues de lo contrario no habría separación total.

La tesis de entender que la cesura entre la vida dependiente y la vida independiente se produce con el corte del cordón umbilical, es una tesis que corresponde a la doctrina civilista más tradicional. Esto es compatible con la concepción de persona que establece el Código Civil, y especialmente con su artículo 74 inciso segundo. Si bien la ley es clara, estas concepciones civilistas puede que no coincidan con la concepción penal de nacimiento y lo que se comprende como posible objeto de ataque, por lo que el argumento del corte de cordón sería insostenible. Esta doctrina, apunta más bien a salvar el momento que, en Derecho comparado, quedaría cubierto por la figura del feticidio, que en Chile no está regulado y que nos llevaría a una etapa entre el parto propiamente tal y el nacimiento -entendido como separación total de la madre- lo cual implicaría, necesariamente, impunidad.

4.- Existe una duda en cuanto al modo y forma como debe computarse el plazo de prescripción de la pena a que hace alusión el artículo 97 del Código Penal, en el entendido de si para ello, debe tenerse en consideración el carácter del delito, en cuanto figura típica considerada en abstracto, o bien, la pena que en concreto le fue asignada en el acto jurisdiccional respectivo, lo que de paso alteraría la forma de cómputo de aquel tiempo con trascendentes consecuencias, principalmente, si se tiene en consideración que la norma emplea sólo los términos "penas impuestas por sentencia", sin aludir al delito particular en que recayeron, valorado, como se dijo, en abstracto.

5.- Surge la duda en cuanto a la naturaleza jurídica que debe ser dada al artículo 400 del Código Penal, en el sentido de tratarse o no de una norma de determinación especial de pena aplicable a los casos que en ella se consagran y que deben relacionarse con las sanciones especiales consagradas en la Ley 20.066, cuya valoración y procedencia, se entiende, debe ser resuelta por el Tribunal de fondo; sin embargo, surge la duda en cuanto a la interpretación que del artículo 399 en relación con el 494 n° 5 debe ser hecha, pues una eventual

estimación de la fiscalía, en este último sentido, importaría una doble punición, pues a más de la agravación de la falta que pasa a ser un delito de lesiones menos graves por el sólo ministerio de la ley, se presentaría la regla especial de determinación de pena, si esta fuera su naturaleza, lo que implicaría una nueva exasperación punitiva, cuestión que pareciera ser resorte del Tribunal su valoración, lo que sin embargo, de la lectura de los preceptos en comento, no fluye de manera clara, situación que se agrava en el supuesto de cometerse esta infracción en concurso con un delito de desacato del artículo 240 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, si al agresor le estaba vedado acercarse a la víctima, sea como condición en una suspensión del procedimiento o bien, como sanción consagrada en una sentencia dictada al efecto, sea en sede de Familia o Penal, pues la norma, al efecto no distingue y la hipótesis de concurso medial pudiera ser trascendente en cuanto a su necesaria interpretación legislativa para los efectos de determinación de la pena y minimización de sus potenciales efectos restrictivos de libertad, teniendo en cuenta los sucesivos agravamientos sancionatorios que fueron comentados.

EN MATERIA PROCESAL PENAL:

1.- Resulta conveniente aclarar la situación en que queda la parte querellante luego de ser formalizada la investigación sostenida por el Ministerio Público, si quien lo representa, opta por llevar adelante, dentro de sus facultades, un procedimiento simplificado, sin haber cerrado regularmente la indagación conforme lo estatuye el artículo 248 del Código Procesal Penal, hipótesis la anterior, sobre la cual razona su artículo 261. En este sentido, aquel inicial interviniente, queda sin la posibilidad de sostener él mismo la acusación, quedando en una situación confusa y no determinada por la ley, pues en definitiva, lo deja sin la factibilidad de ejercer la acción penal que a sus intereses sirve ya que no se contempla la figura de acusador particular o adherido para los delitos de acción penal pública dentro del marco del procedimiento simplificado.

2.- También se presenta una duda en relación a la aplicabilidad a los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, de cuanto dispone el artículo 149 del Código Procesal Penal, en el entendido si es posible para la fiscalía, especialmente, recurrir de apelación de acuerdo a como la norma lo regula, en el evento de procederse a la revocación de la medida cautelar de prisión preventiva, de oficio, al tenor de lo que faculta su artículo 145, normas que no distinguen en cuanto a su plausibilidad aplicativa frente a lo estatuido por el artículo 364 del mismo Código y que pudiera dar pie a la interposición de eventuales recursos de hecho.

3.- El Código Procesal Penal, en el título VI de su libro I, bajo la denominación de Medidas Cautelares Reales, se remite a las medidas precautorias reguladas en el Código de Procedimiento Civil. Al respecto, el artículo 157 dispone que durante la etapa de investigación, el Ministerio Público o la víctima, podrán solicitar por escrito al juez de garantía que decrete respecto del imputado, una o más de las medidas precautorias autorizadas en el título V del libro II del segundo texto legal citado. Sin embargo, teniendo en cuenta el carácter restrictivo de las normas penales sustantivas y adjetivas, conforme lo expresa el segundo inciso del artículo 5 del Código Procesal Penal, surge la duda acerca de qué medidas pueden efectivamente solicitarse bajo la regulación procesal penal, pues en efecto, el citado artículo 157 señala que se pueden pedir una o más de las medidas precautorias autorizadas en el título V del libro II del Código de Procedimiento Civil, siendo éstas 1° El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda; 2° El nombramiento de uno o más interventores; 3° La retención de bienes determinados; 4° La prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados. (artículo 290 CPC); no hay duda sobre ellas; sin embargo, no es clara la interpretación que debe ser dada a otras medidas precautorias que también se prevén en el título V, del libro II, del CPC, como son las medidas indeterminadas de creación jurisprudencial de conformidad con lo establecido en el art. 298 del CPC, que permiten al Tribunal —al menos en teoría— adoptar cualquier otra medida que sea idónea para garantizar el resultado de la acción. Si

bien el asunto es discutible y se aprecia un evidente vacío legislativo, ya que no hay duda de que estas medidas también se encuentran autorizadas en el mencionado título V, la naturaleza del proceso penal parece sólo conformarse con medidas expresamente previstas por el legislador y no con aquellas que quedan abiertas a la imaginación de las partes y a la discrecionalidad judicial (art. 5 inc. 2° Código Procesal Penal).

4.- Mediante Ley 20.477, de 30 de diciembre de 2010, se modificó la competencia de los Tribunales Militares, restringiéndola del modo como se señala en sus artículos 1 y 2, normas que oportunamente pasaron el tamiz constitucional, tal cual se lee en la parte final de la misma; sin embargo, surge una duda respecto del inciso final de su artículo 8° transitorio, en orden a hacer inaplicable el control de garantías a que obliga el artículo 276 del Código Procesal Penal al juez competente en el desarrollo de la audiencia de preparación de juicio oral, permitiendo, que prueba que pueda tener una clara evidencia o sesgo de ilegalidad, no sea sujeta a control por el órgano jurisdiccional que por ley está llamado a ejercerlo, pudiendo esta igualmente, ser introducida a juicio oral, afectando, eventualmente, las garantías procesales del justiciable, pareciendo, por tanto, que aquella norma pudiera ir contra mandato constitucional expreso, resultando plausible recurrir ante el Tribunal Constitucional; pero si ello así no fuera, también pudiera ser valorada la prueba negativamente en sede juicio oral, como asunto de fondo.

Entonces, no queda claro frente a qué cuadro de acción puede obrar el Tribunal si se encuentra ante tal contrariedad interpretativa.

5.- Para el cómputo compensatorio de penas, si bien el artículo 348 del Código Procesal Penal exige el cumplimiento parcial de 12 horas de privación de libertad cumplidas, no indica que ese lapso deba computarse dentro de un mismo día, vacío legislativo que puede dar pie a sostener cierta clase de interpretaciones que pudieran estimarse contrarias al texto expreso de la ley; así, surge una interpretación que puede suscitar dudas en el entendido que permitiría que se contabilice

el total de horas de privación de libertad cumplidas, si estas fueren inferiores a doce, para luego fraccionarse en períodos que incluyan este último factor a fin de determinar el número de días de abono, fundamentado lo anterior, en que de hacerlo de otro modo, importaría exigir requisitos que no están expresamente señalados, contraviniendo lo que dispone el segundo inciso del artículo 5 del Código Procesal Penal, que establece la interpretación restrictiva de aquellas disposiciones que privan al justiciable de su libertad; interpretación que resultaría más armoniosa con el objetivo de la cautelar en comento cual sería permitir al imputado desarrollar una actividad durante el día, mientras en la noche permanece recluido, tomando en consideración, por último, que la privación de libertad es una medida de último recurso y considerando que cualquiera sea la medida cautelar que se aplique en los hechos, ello importa un adelantamiento punitivo; de lo contrario, aquella cautelar resultaría más gravosa que la misma literalidad de la sentencia.

6.- Cabe la pregunta si es factible, a la luz de lo que dispone el artículo 142 del Código Procesal Penal, acoger la petición de procederse a la tramitación de la solicitud de la prisión preventiva, si existen normas que no distinguen al respecto, especialmente tratándose de una hipótesis de ventilarse aquella en la audiencia de comunicación de sentencia a que alude su artículo 346, incongruencia que se aprecia de la sola lectura del artículo 149 y también, de procederse a la sustitución de oficio que estatuye el artículo 145, en relación con el 144, y la fiscalía se opusiere a ello en la oportunidad que se viene comentando, cuando se comunica la sentencia, y busque alzarse en contra de esta resolución. En este caso, cobra preponderancia lo dispuesto en el artículo 142, que excluye esta posibilidad o bien, habría que formar sala para analizar la solicitud proveniente de la fiscalía.

EN MATERIA ORGANICA PROCESAL:

1.- Sin perjuicio que por regla general, no existen situaciones en el Código Procesal Penal que podrían dar lugar a afectación de la independencia e imparcialidad de los jueces, hay algunas que de una

manera más marginal podrían comprometerla. Es el caso, en primer lugar, del Tribunal Oral en lo Penal que en la o las audiencias de juicio oral decreta la prisión preventiva del acusado, según lo permite el artículo 142. La hipótesis más previsible a este respecto es el caso del acusado que ha estado sin medidas cautelares personales y que atendida la sospecha que el proceso podrá durar varios días, decrete en la primera audiencia de juicio la prisión preventiva o alguna cautelar del artículo 155 del CPP. La valoración que hace el tribunal para determinar una medida cautelar de prisión preventiva, de la existencia del delito y que el acusado ha tenido participación en dicho delito como autor, cómplice o encubridor, podría llevarlo en virtud de la denominada fuerza de la prevención a mantener esa valoración al momento de dictar la sentencia. Se comportaría así esta valoración cautelar como un prejuicio que le restaría serenidad y claridad al tribunal para enjuiciar la existencia del delito y participación del acusado en él. En tal situación, el acusado y luego condenado podría intentar los recursos que se comentarán en el párrafo que sigue; o bien, procederse por el mismo Tribunal a la invalidación de oficio conforme lo permite el artículo 163.

Un recurso de nulidad ante la Corte Suprema invocando el derecho a un tribunal independiente e imparcial según lo prescrito por el artículo 373 a) del Código Adjetivo, o bien un recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional contra el mentado artículo 142 antes que se dicte la sentencia definitiva en esa causa; todo ello sin perjuicio de considerar en un plano de lege ferenda la posibilidad de incorporar en este caso un instrumento procesal en las manos del acusado que duda de la imparcialidad del juez para recusarlo por motivo serio y grave.

2.- En un plano temporal posterior, está la situación de la resolución de un juez penal sobre la solicitud de una medida cautelar personal de la que se puede apelar ante la Corte de Apelaciones respectiva (artículo 149 del Código Procesal Penal). Esa Corte al conocer del recurso hará valoraciones sobre la existencia del delito y sobre la

culpabilidad del imputado o acusado. Luego, el mismo Tribunal de Alzada, podrá volver a conocer de estos asuntos como Tribunal de Nulidad. Podría darse en estos casos una nueva situación de fuerza de la prevención que podría hacerle perder al Tribunal su imparcialidad y abrirse una vez más, la ventana reparativa consagrada en el artículo 163 del Código del ramo.

En ambas situaciones descritas en los ordinales que precede, haría bien el Legislador chileno, llenando el vacío acusado, si dispusiera que el tribunal que determina una medida cautelar personal luego no puede resolver sobre el mérito de la causa, sobre su fondo. Asimismo, la Corte de Apelaciones que ha debido conocer de una apelación de una medida cautelar personal no debería conocer del recurso de nulidad contra la sentencia definitiva.

Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Quellón: se indica que aparece como necesario y conveniente establecer como requisito para la realización de audiencia de preparación de juicio oral la presencia del acusado, ello debido a que de no encontrase presente no sería posible que la fiscalía solicitara su detención de conformidad al artículo 127/2 del Código Procesal Penal para asegurar su comparecencia, al no ser su presencia condición para realización de la audiencia, como sí lo es para formalizar, requerir, discutir cautelares o el juicio mismo.

Lo anterior tiene un doble efecto negativo: 1) la defensa no cuenta con la colaboración de su representado para organizar la prueba que se va a rendir por su parte en el juicio y 2) realizada la audiencia de preparación de juicio oral sin la presencia del acusado, muy probablemente tampoco asistirá a la audiencia de juicio oral ante el Tribunal Oral - de la que no se enterará siquiera -, la que deberá suspenderse, con el consiguiente coste de tiempo y económico para testigos, funcionarios policiales, fiscales, defensores y jueces. Y si el tribunal decidiere fijar nuevo día a petición de los intervinientes y no compareciere nuevamente el acusado, se generarían sucesivas audiencias, dilatando la causa en forma indefinida.

Otra duda que se presenta en la competencia de garantía es la relacionada con la aplicación del artículo 395 bis del Código Procesal Penal, ya que no queda claro si lo que debe fijarse dentro de 5° día es la audiencia de preparación de juicio oral o el juicio efectivo.

Transcríbase a la Excma. Corte Suprema.

Para constancia se levanta la presente acta que se firma.

Sra. Mora
Presidenta (S)

Sr. Ebensperger
Ministro

Sr. Vera
Ministro

Sra. Miranda
Ministra (S)

CORTE DE APELACIONES
PUERTO MONTT