

C.A. de Temuco

Temuco, siete de noviembre de dos mil veintidós.

**Visto:**

En causa ROL ÚNICO 2010067724-6, ROL INTERNO 25-2022 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, por sentencia definitiva de fecha quince de septiembre de dos mil veintidós, se condenó al acusado **JUAN CARLOS ESPINOZA GUZMÁN**, en su calidad de autor del delito de Femicidio, ilícito previsto y sancionado en el artículo 390 bis del código penal, en grado de frustrado, a sufrir una pena de **DIECISIETE AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MAXIMO** y accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

En contra de dicha sentencia, el abogado defensor penal público Sr. Roberto Rozas Serri, dedujo recurso de nulidad, fundado en la causal de invalidación contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, toda vez que en la sentencia se habría incurrido en una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Si bien es cierto se invoca una sola causal, la misma se fundamenta en argumentos principales y otros subsidiarios, según se explicará en lo considerativo.

Solicitó en consecuencia la defensa lo siguiente:

*“1. Se sirva acoger una o las dos causales principales de este recurso, esto es, aquella prevista en la letra b) del artículo 373 del CPP y de acuerdo a lo prescrito en el art. 385 del mismo cuerpo legal, se sirva declarar la nulidad de la sentencia, dictando sin nueva audiencia pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, señalando en definitiva que se condena a mi representado a una pena única de 10 años y 1 día de presidio mayor en su grado medio si acogen ambas o que no exceda de los 12 años 6 meses y 1 días si tan sólo se acoge una, como autor del delito de femicidio frustrado.*



2. *EN SUBSIDIO*, para el caso que no sea acogida ninguna de las dos causales principales conjuntas, se sirva acoger esta primera causal subsidiaria esto es, aquella prevista en la letra b) del artículo 373 del CPP., la petición concreta de esta defensa es que, de acuerdo a lo prescrito en el art. 385, se sirva declarar la nulidad de la sentencia, dictando sin nueva audiencia pero separadamente, sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, señalando en definitiva que se condena a mi representado a una pena que, en ningún caso puede exceder de los 12 años, 6 meses y un día de presidio mayor en su grado medio, por el delito de femicidio frustrado.

3. . *EN SUBSIDIO*, para el caso que no sea acogida ninguna de las dos causales anteriores, se sirva acoger esta segunda causal subsidiaria esto es, aquella prevista en la letra b) del artículo 373 del CPP., la petición concreta de esta defensa es que, de acuerdo a lo prescrito en el art. 385, se sirva declarar la nulidad de la sentencia, dictando sin nueva audiencia pero separadamente, sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, señalando en definitiva que se condena a mi representado a una pena de 15 años y un día de presidio mayor en su grado máximo, por el delito de femicidio frustrado”.

Realizada la respectiva audiencia para la vista del recurso, comparecieron representantes de los intervinientes.

**Considerando:**

**Primero:** Que como se indicó en lo expositivo, la recurrente reprocha una errónea aplicación del derecho con influencia en lo dispositivo del fallo (artículo 373 b del Código Procesal Penal), fundando la misma en primer término en dos argumentos que plantea de manera principal y conjunta.

El primero de ellos, afirma una violación a los artículos 12 n°14 y 67 del Código Penal. Luego de transcribir el acápite en el cual el Tribunal razona en torno a la aludida agravante de responsabilidad penal, señalando que yerra el Tribunal al aplicar una agravante fundada en la misma circunstancia de hecho que sirvió para revocar la



libertad condicional. Agrega que la naturaleza jurídica de la libertad condicional, regulada en el Decreto Ley N°321 de 1925, se desprende de su artículo 1° señala que *“La libertad condicional no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en libertad por el condenado y según las disposiciones que se dicten en este decreto-ley y en el reglamento respectivo”*. De esta forma, continúa el recurrente, nuestro legislador siguiendo las legislaciones comparadas, optó por entender este instituto en la esencia como una pena, cuya forma de cumplimiento es modificado. Señala que por otro lado, en relación a la naturaleza jurídica de la institución, la legislación nacional es bastante confusa en la medida que la consagra tanto como derecho subjetivo sujeto al cumplimiento de condiciones, como una recompensa. Así el artículo 2 del DL establece que el *“todo individuo condenado a una pena privativa de libertad de más de un año de duración, tiene derecho a que se le conceda su libertad condicional, siempre que cumpla con los siguientes requisitos”*. Sin embargo, el reglamento de libertad condicional establece en su artículo 2 que la libertad condicional consiste en una *“recompensa para el delincuente condenado a una pena privativa de libertad por más de un año”*. Considerando que el reglamento se trata de una norma de inferior rango, debiéramos concluir que en virtud de lo establecido en el DL, que la libertad condicional constituye un derecho condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos objetivos. Agrega que la escasa doctrina nacional que se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de esta institución. Así se ha expresado, Horvitz y Aguirre, se han referido a ella como una *“recompensa para aquellos condenados que han mostrado su capacidad de rehabilitación durante su encarcelamiento y cumplen las condiciones impuestas durante el período de prueba del beneficio”* (Horvitz/Aguirre, 2007: 87).

Agrega que durante la audiencia de determinación de la pena del artículo 343 del CPP, la fiscalía incorporó la resolución de la Comisión de libertad condicional que otorgó aquella modalidad



especial de la pena y, por su parte, la defensa incorporó el acta N°40 de sesión extraordinaria de la comisión de libertad condicional de fecha 30 de enero de 2021, por medio de la cual se revocó aquella, fundada única y exclusivamente en la formalización y prisión preventiva decretada en causa RIT 2479-2020 del Juzgado de Garantía de Angol, es decir precisamente la causa en que recae la sentencia recurrida.

Añade que la defensa considera que, al fundarse la revocación de la libertad condicional precisamente en haber cometido delito mientras se cumplía la libertad condicional, no es posible considerar nuevamente esta circunstancia, esto es cometer el delito mientras se cumple una condena para agravar su responsabilidad en este nuevo proceso, sin afectar gravemente el principio del *Ne bis in idem*.

Dicho término, continúa la defensa, proviene del latín “No dos veces por lo mismo”, siendo un principio en virtud del cual nadie puede ser perseguido ni condenado dos veces por un mismo hecho delictivo o infracción. Asimismo, se define como la *“Imposibilidad de que un mismo hecho pueda ser sancionado en más de una ocasión”*, para otros consiste en que *“uno y el mismo supuesto no puede dar lugar a más de una pena o modificación de ella”*. Este supuesto, encuentra sustento en el Principio de Legalidad, conocido como *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege* y consagrado en el Artículo 19 número tercero de la Constitución por el cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino solamente cuando existe una ley que incrimina al hecho respectivo estableciendo la clase de castigo al que se encuentra sometido con anterioridad a su perpetración. Añade que también se encuentra este principio en la Convención Americana de Derechos Humanos (Artículos 5, 6 y 8) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículos 10 y 14) válidamente ratificados por nuestro país.

Agrega que, conocido el alcance de este principio constitucional, es propicio analizar como la agravante invocada puede afectar esta garantía, al respecto señala que como ya se comentó, este principio se



vulnera cuando el autor es sancionado más de una vez por el mismo hecho, y asimismo cuando se lo juzga por este más de una oportunidad. Es este presupuesto el que alzaría la discusión frente a esta reincidencia impropia, ya que se estima que se sanciona al imputado por el hecho cometido doblemente lo que configura una contravención al *ne bis in ídem*, que significa una prohibición al ejercicio reiterado, sea de forma sucesiva o simultánea, del *ius puniendi* por parte del estado. Consecuentemente, quien fue juzgado por un hecho, se realizaría aquí un doble juego de penas: primero para que se le revoque la libertad condicional, luego se lo castiga al autor por el nuevo hecho cometido, y se le agrava en base a la misma circunstancia, como ocurrió en esta causa desde su origen: Así la comisión de libertad condicional, como bien estableció la defensa, revocó este beneficio con fecha 30 de enero de 2021, fundado precisamente en haber cometido nuevo delito, luego se le condena por este nuevo delito cometido y se pretende agravar en base a que fue cometido mientras cumplía la libertad condicional revocada. Como consecuencia de cometer este nuevo delito mientras cumplía pena en libertad condicional, esta le fue revocada y debe purgar el saldo íntegro por pendiente. Luego, al valorar nuevamente esta circunstancia y reconocer 12 N°14 del CP, se impone una pena superior en grado a la correspondiente.

Finalmente indica que se debe también considerar que la pena que sirve de sustento a la aplicación de la agravante, se le establece una sanción a la cual fue sometido su representado, esto es, la posibilidad de revocación de pleno derecho de libertad condicional de acuerdo a lo señalado en el artículo 7 del decreto ley 321. Claramente hay una doble sanción por la misma infracción.

**Segundo:** Que de lo que se acaba de exponer, aparece que lo reclamado por la impugnante es una violación al principio denominado “*ne bis in ídem*”. En efecto, tras una larga exposición referente a lo que implica dicho principio y su vinculación con el de legalidad, la



recurrente pormenoriza su reproche, señalando que en el caso sublite se habría violentado el mismo al considerar concurrente la agravante de responsabilidad penal establecida en el artículo 12 n°14 del código punitivo (“cometer el delito mientras cumple una condena”), ello por cuanto se estaría efectuando un doble juzgamiento penal, y ello ocurriría por cuanto en primer término se revoca la libertad condicional que favorecía al acusado, para luego castigarlo por el nuevo hecho cometido y agravar su responsabilidad en base a la misma circunstancia, en efecto –señala la defensa- la comisión de libertad condicional, revocó el referido beneficio con fecha 30 de enero de 2021, fundado precisamente en haber cometido nuevo delito, luego se le condena por este nuevo delito cometido y se pretende agravar en base a que fue cometido mientras cumplía la libertad condicional revocada.

**Tercero:** Que este primer reproche será desestimado, pues en opinión de esta Corte no se verifica una hipótesis en que un mismo hecho esté siendo sancionado en más de una ocasión. En efecto, la premisa fáctica en que nos sitúa la defensa, implica la existencia de dos ilícitos en los cuales cupo participación al acusado, cada uno claramente diferenciado del otro. En relación al primero de ellos, el autor fue sancionado a una pena privativa de libertad siéndole concedido el beneficio de la libertad condicional, siendo tal un derecho consagrado normativamente no de manera absoluta, sino que por el contrario y como su propio nombre lo indica, condicionada en su mantención a una serie de exigencias, de manera que de concurrir alguna de ellas y conforme lo dispuesto en el Decreto Ley 321, lo que procede es su revocación por la Comisión que dicho cuerpo legal establece. Al actuar de dicha forma, el estado reconsidera su decisión original, y estima que aquel condenado que había obtenido el beneficio de cumplir su pena en libertad ya no es merecedor del mismo, disponiendo su efectivo cumplimiento privado de ella; al tomar tal decisión, el condenado no está siendo objeto de una nueva sanción,



sino que se declara a su respecto que no se verifica la reinserción social que lo hacía merecedor del beneficio.

Por otra parte, al aplicarse la agravante de responsabilidad del artículo 12 n°14 del Código Penal, la finalidad concurrente es simplemente preventiva pues (con prescindencia de la acertado que dicha decisión legislativa pueda considerarse), se estima por el legislador que debe agravarse la pena de quien pese a ser sancionado con antelación, no tuvo un castigo lo suficientemente severo como para disuadirlo de volver a delinquir.

**Cuarto:** Que, así las cosas, las circunstancias que describe la defensa y que implicarían una doble sanción en realidad no son tales, pues si bien se trata de hechos relacionados, responden a cuestiones distintas. Por un lugar se hace cesar un beneficio respecto de una condena ya impuesta por estimarse que no se dan las condiciones de una ejecución en un medio libre, y por otra se agrava la pena respecto de un nuevo ilícito por consideraciones preventivas.

Finalmente cabe señalar que admitir la tesis planteada por la defensa, implicaría en los hechos excluir de las agravantes que contemplan la reincidencia, a todo aquel condenado que hubiese cometido un delito gozando del beneficio de libertad condicional respecto de uno anterior.

**Quinto:** Que, como segundo argumento conjunto y principal, señala la defensa que se ha aplicado erróneamente el artículo 390 quáter del Código Penal. Al respecto señala que en el párrafo 2° del considerando 21° de la sentencia recurrida refiere: *“Respecto a la agravante especial del art. 390 quáter N°3 del código penal, esto es, ejecutarlo en presencia de ascendientes o descendientes de la víctima. En efecto quedó demostrado, que tanto la madre como la hija de la víctima estaban en el domicilio cuando el acusado atacó a doña Luisa Herrera, pudiendo ambas ver cuando él aún atacaba a la víctima, ciertamente habrían escuchado el ataque previamente por lo cual acudieron en ayuda de la víctima, llegando primero la madre quien*



*incluso le pregunta al acusado ¿qué está haciendo señor?, lo que motivó que este dejara de patear a la víctima, y la hija, es clara en señalar, que cuando llegó al lugar donde estaba su madre la vio completamente ensangrentada y presencio cuando el acusado le propina una patada en el rostro a su madre, que le provocó una herida cuya cicatriz llevara toda su vida. De esta manera se configura en este caso la agravante en sus dos supuestos, sin perjuicio de estimar que bastaba uno para su configuración”. Precisa que la defensa cuestiona la concurrencia de esta circunstancia agravante, por cuanto más allá del tenor gramatical que pretende darle sentencia, la aplicación de la agravante al caso concreto carece de sustento dogmático. Añade que la historia fidedigna del establecimiento de la ley sobre este punto, dio cuenta de que no se observaba justificación político criminal a esta agravante, existiendo otras agravantes genéricas del artículo 12 del CP que permitirían solventar aquellos casos, sin necesidad de una nueva tipificación (así María Elena Santibáñez, Profesora de derecho penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile).*

Específicamente la agravante señala, continúa la defensa, *“Ejecutarlo en presencia de ascendientes o descendientes de la víctima”*. La sentencia acogiendo la interpretación de los acusadores, sostiene que bastaría para sostener la agravante, la circunstancia de encontrarse en el mismo lugar. A su juicio, no parece como suficiente fundamento dogmático para agravar la responsabilidad en el delito de femicidio. Por decirlo de otra manera, en el homicidio y en el parricidio, no es agravante la circunstancia de que en el mismo lugar se encuentren otros parientes. El lugar de comisión de un atentado contra la vida no es trascendente para su calificación jurídica, existen agravantes genéricas que se refieren a ciertas locaciones como hipótesis agravatorias, de modo que si el legislador hubiese querido darle connotación de esa naturaleza se hubiese referido a aquellas agravantes (en descampado, en un culto, en la morada, etc). La única hipótesis razonable de entender en presencia, parece referirse a presenciar la



conducta femicida. En el caso en concreto, tanto la ascendiente como la descendiente, si bien se encontraban en la vivienda, no presenciaron la agresión femicida con un cuchillo, cuando llegan la víctima estaba en el suelo, la policía que incorpora la declaración de la madre de la víctima expresamente señala que al verla en el suelo le grita al sujeto y este huye y que la nieta llega después. En definitiva, la sentencia hace una *interpretación analógica in malam partem*, contraria al artículo 5º inciso 2º del CPP, para sostener que estar en presencia equivale a estar en la misma casa, aunque no vea nada y que ejecutar la conducta femicida en presencia es idéntico a presenciar el resultado lesivo, inmediatamente después de producido este. Claramente es una extensión interpretativa que no puede ser tolerada.

**Sexto:** Que, en torno a este segundo reclamo principal de la defensa, cabe destacar que se estructura sobre la base de dos reproches. El primero más bien genérico referente a la carencia de sustento dogmático y de política criminal de la agravante contemplada en el artículo 390 quater N°3 del Código Penal, opinión del todo valedera pero que excede los márgenes del recurso en la medida que el mismo debe centrarse en lo decidido por los sentenciadores en el caso concreto que nos ocupa.

**Séptimo:** Que el segundo reproche en esta parte (y ahora sí centrado en el caso que nos convoca), es que la sentencia habría acogido el planteamiento de los acusadores, en el sentido de que se satisface la agravante contemplada en el señalado artículo, con que los ascendientes o descendientes de la víctima se encuentren en el mismo lugar, apuntando que el lugar de comisión de un atentado contra la vida no es trascendente para su calificación jurídica, existiendo agravantes genéricas que se refieren a ciertas locaciones como hipótesis agravatorias, de modo que si el legislador hubiese querido darle connotación de esa naturaleza se hubiese referido a aquellas agravantes (en descampado, en un culto, en la morada, etc).



**Octavo:** Que este reclamo de la defensa tampoco será oído, desde que su razonar se inicia con una premisa fáctica no establecida como tal por la sentencia que se revisa. En efecto, precisa la impugnante que los juzgadores habrían señalado que la agravante se satisfacía por el hecho de encontrarse víctima y parientes en un mismo lugar, sin embargo, ello no fue afirmado en ninguna parte del fallo que se revisa. Por el contrario, en el considerando décimo se establece claramente como hecho de la causa (concretamente en el identificado como “Hecho N°2”) el que la agresión homicida se produjo en presencia de hija y madre de la afectada. Señala textualmente el fallo: *“El acusado ejecutó estos hechos en presencia de la hija adolescente de la víctima y de la madre de ésta”*. A la misma conclusión se arriba al leer el considerando vigésimo primero, en que se indica textualmente que *“En efecto quedó demostrado, que tanto la madre como la hija de la víctima estaban en el domicilio cuando el acusado atacó a doña Luisa Herrera, pudiendo ambas ver cuando él aún atacaba a la víctima..”*

**Noveno:** Que, así las cosas, siendo errado el cuestionamiento inicial que se realiza a la sentencia que se revisa, desde que los juzgadores jamás efectuaron la afirmación que según la defensa implicaría una errada aplicación del derecho, será desestimado en esta parte el recurso.

**Décimo:** Que de manera subsidiaria, sustenta la defensa su causal de invalidación en una violación al artículo 11 n°9 del Código punitivo. Indica que el considerando que desecha la colaboración sustancial se contradice con el considerando vigésimo primero, en que expresamente tiene por acreditada la participación de su defendido primera y principalmente en base a la declaración del acusado, transcribiendo dicho acápite.

Señala luego que colaborar "sustancialmente al esclarecimiento de los hechos" implica que un individuo ha trabajado con otra persona en aquello que constituye lo más importante de algo; en la especie, lo



más importante para dilucidar o explicar el delito que se investigaba y las personas que habían participado en su ejecución. Como bien sostiene Enrique Cury *“Esta atenuante fue introducida recién en el mes de mayo del año 2002, por la ley 19.806, y reemplazo a la de la confesión espontánea, que anteriormente ocupaba su lugar y no se avenía con el espíritu del nuevo CPP, próximo a entrar en vigencia en todo el territorio nacional”*.

Agrega que el fundamento de la nueva redacción del N°9 del artículo 11 es de política criminal y obedece al nuevo espíritu que inspira el proceso penal. En este sentido la historia fidedigna del establecimiento de la ley nos dice que se pretendía reconocer esta atenuante no sólo en los casos en que el imputado confiesa espontáneamente su participación culpable en el hecho punible, sino también en casos en que, sin confesar el delito, colabora en el esclarecimiento de los hechos. Por ejemplo, en el caso de la receptación antes de la ley 19.806, aunque el imputado hubiese reconocido la tenencia de la especie y señalado de quién, cuando, donde y como la adquirió, si no confesaba que sabía el origen ilícito de las especies no había minorante, en cambio en la redacción actual por ese hecho se podría estimar que ha colaborado sustancialmente, porque se puede estimar que no ha podido menos que conocer dicho origen. En definitiva, atendiendo el espíritu del legislador, no ha desaparecido la confesión como circunstancia atenuante, sigue siendo una hipótesis privilegiada y calificada de colaboración, en tanto supone liberar absolutamente al ente persecutor del peso de la prueba de autoría o participación culpable, es decir entre colaboración sustancial y confesión existe una relación de genero a especie, dentro de la cual la confesión siempre significará una colaboración sustancial, pero la colaboración sustancial no se agota en la confesión espontánea.

Añade que yerra de derecho el tribunal a-quo al exigir por medio del adjetivo “sustancial” que sea el imputado quién deba asumir la función investigativa del ministerio público y negar la minorante,



únicamente debido a que al declarar como medio de defensa el imputado reconociendo participación agregue antecedentes contextuales relevantes para la calificación jurídica. Que sea sustancial como refiere Cury, implica que no debe limitarse a proporcionar detalles intrascendentes sino constituir un aporte efectivo y serio al éxito de la investigación y que se refiera a la existencia del hecho típico y/o a la participación culpable del encartado.

Precisa que en la especie se debe tener en consideración que el acusado no sólo colaboró al esclarecimiento de los hechos, sino que renunciando a su derecho a guardar silencio y sin la presencia de defensor confesó tempranamente su participación culpable en el hecho. Si se considera que el espíritu de la ley 19.806 fue ampliar las hipótesis atenuantes de responsabilidad por colaboración más allá de tan sólo la confesión, se debe entender entonces que la confesión en sí sigue siendo una hipótesis de colaboración al esclarecimiento de los hechos, y es sustancial, pues se refiere a los elementos que configuran el hecho típico y principalmente la participación culpable. Partiendo de la base que, a diferencia de lo ocurrido en el código de procedimiento penal, en el nuevo proceso penal, el derecho del imputado a guardar silencio y la sentencia condenatoria no se puede fundar en la sola declaración del imputado, conforme al inciso final del artículo 340 del CPP. De este modo la existencia de otra prueba de cargo no impide ni afecta en lo más mínimo la concurrencia de la minorante. En efecto, tan sustancial es la colaboración prestada por medio de la confesión, que fue el elemento primero y principal de convicción del tribunal para establecer que mi defendido fue el autor de las lesiones de la víctima, de este modo el ente persecutor y el estado descansa y ahorran recursos materiales y personales. Por ello, las razones de política criminal del sistema procesal imperante cobran mayor preponderancia, tanto es así que el juicio oral respectivo quedó absolutamente zanjado y resuelto en cuanto a participación se trata, desde que su inicio cuando el acusado voluntariamente declara y confiesa nuevamente su participación, como



ya lo había hecho en sede policial, fiscal, con ello el ministerio público quedó absolutamente liberado del onus probandi en cuanto a participación y sólo se centró la discusión en la calificación jurídica de los hechos.

Por último, señala la defensa, en este caso en particular resulta especialmente preocupante por razones de política criminal que no se reconozca la colaboración sustancial. En efecto, tan sólo un par de horas después de ocurridos los hechos, aún en estado de shock, su defendido declara y confiesa, da todos los detalles de su intervención, siempre tuvo una actitud de arrepentimiento, declaro ante la policía y en el juicio oral. La pregunta clave es ¿merece su defendido ser tratado tal cual lo hubiese sido este sujeto que huyó y se encuentra rebelde? ¿merece el mismo tratamiento que un acusado que no declara y ha negado su participación de principio a fin?, la defensa estima que no, y la resolución recurrida, en este sentido, crea el peligroso precedente de que da lo mismo confesar y colaborar, que huir y esconderse o negar de principio a fin, ello sólo significará que cada vez menos imputados querrán colaborar con una investigación sabiendo que aquello no les reportará compensación procesal penal.

**Décimo primero:** Que para resolver el presente reproche de la defensa, cabe indicar que como lo ha señalado en diversas ocasiones la Excma. Corte Suprema (por ejemplo en autos rol n °29.063-2019, por sentencia de fecha 6 de enero de 2020), la determinación de la concurrencia o no de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal constituye una labor privativa del órgano jurisdiccional cuya decisión se concreta en el fallo, de manera que la negativa a reconocer la circunstancia atenuante no configura una infracción de ley que tenga influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia.

**Décimo segundo:** Que dicho razonar del máximo Tribunal del país es compartido por estos sentenciadores, en el sentido que cuando se trata de circunstancias modificatorias de responsabilidad respecto de



las cuales –para determinar su concurrencia- se exija del tribunal determinar la intensidad o cuantificación de la hipótesis fáctica constitutiva de la modificatoria de responsabilidad, y por ende valorar la prueba que al respecto se rinda, no cabe pretender impugnar la decisión del Tribunal de la instancia mediante el arbitrio de nulidad que nos convoca. Así ocurre con la atenuante consagrada en el numeral 9 del artículo 11, que exige determinar si los actos de colaboración que realizó el acusado pueden o no considerarse como sustanciales para el esclarecimiento de los hechos. Por tal razón esta causal formulada de manera subsidiaria será desestimada.

**Décimo tercero:** Que finalmente la defensa señala que se ha violentado lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, por cuanto se le entregó un sentido y alcance que no tiene. Luego de transcribir el considerando vigésimo segundo de la sentencia que se revisa, indica que el fallo impugnado no reconoce atenuantes y considera dos agravantes, concluye imponiendo una pena de 17 años de presidio mayor en su grado máximo, en base a lo dispuesto en el artículo 69 del CP. Al establecer la cuantía de la pena en concreto, estima se aplicó erradamente la norma contemplada en el artículo 69 del CP, por cuanto le entregó un sentido y alcance que no tiene. Este error queda de manifiesto en los fundamentos para justificar la pena que impuso a su representado, que es por cierto la mayor posible dentro del grado de presidio mayor en su grado máximo.

Es decir, la imposición de la pena concreta se basó en lo siguiente: a) Las consecuencias físicas y psicológicas del resultado lesivo, incluso económicas; b) La afectación o daño a la familia de la víctima, madre e hija, que presenciaron la agresión.

Ahora bien, continúa la defensa, el artículo 69 del código penal concreta la determinación judicial de la pena, la que se basa en ciertos parámetros objetivos que la misma norma entrega y que, respecto de ellos, se libera al sentenciador para imponer una pena concreta. A su vez, y dentro del derecho penal se encuentra el principio de



proporcionalidad de las penas, principio que constituye parte de las fuentes del derecho que resultan vinculantes para los jueces y que ingresa al sistema jurídico una vez que se han fijado y respetado los límites del art. 69. En el caso de marras, los sentenciadores no le entregan un adecuado sentido y alcance al art. 69 puesto que se basan en la extensión del mal causado y dentro de ello analizan los efectos de la conducta delictiva, lo que no se ajusta a derecho: i) El artículo 69 del código penal establece dos cuestiones que conforman los parámetros que debe respetar el sentenciador al imponer una pena concreta: el número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En el caso concreto los sentenciadores fijan la pena de 17 años considerando la mayor extensión del mal causado por el delito prescindiendo de la otra exigencia legal. Sin embargo, recurren para tal efecto a dos aspectos que se encuentran subsumidos en el grado de la pena impuesta. En efecto, se debe tener presente que el femicidio es una figura agravada del homicidio. La conducta típica es la misma, el fundamento de la agravación precisamente se encuentra en decisiones de política criminal con fundamento en razones de género. El homicidio frustrado tiene asignada una pena abstracta de presidio menor en su grado mínimo, en base a la calificación jurídica invocada por el tribunal se arriba a una pena de presidio mayor en su grado medio, luego en base a la concurrencia de agravantes aumenta la pena en otro grado, a 17 años de presidio mayor en su grado máximo, para un delito en grado de desarrollo imperfecto, teniendo presente que el homicidio consumado tendría a la fecha una pena de 10 años y un día hasta 15 años de presidio, resulta ser excesivo y desproporcionado. Entienda la defensa que los resultados lesivos producidos por un femicidio frustrado, en ningún caso se pueden considerar superiores a los de homicidio simple consumado. Por lo mismo, y tal como resuelve la disidente, la mayor extensión del mal causado no puede sino entenderse subsumida o comprendida en el mínimo del grado, no



existe razón para, dentro del grado imponer una pena superior al mínimo. El tribunal debe respetar los principios de proporcionalidad de las penas y de culpabilidad (puesto que la culpabilidad es fundamento y medida de la pena). Así, si existe dolo eventual no puede imponerse una pena igual a la si existe dolo directo; si existe un error de prohibición vencible no puede imponerse una pena igual a la ausencia de este tipo de errores, etc. Se ha dicho que los principios de proporcionalidad y culpabilidad, como criterios de retribución que justifican y miden la pena, son los que marcan el parámetro dentro del cual el juez debe fijar la sanción exacta considerando también los fines que ella persigue .

A tales principios, debe agregarse señala la defensa, como límite para la aplicación del artículo 69 del CP la prohibición de doble valoración que configura el principio del ne bis in idem y tenerse siempre en cuenta para efectos de determinar la pena en concreto a aplicar los fines de la misma. En el caso en concreto, para aumentar la pena, se acude al daño o afectación a la madre e hija de la víctima, que presenciaron los hechos, pero dicha circunstancia ya fue valorada por el tribunal para solventar al agravante del 390 quáter N° 3 del CP y con aquello aumentar la pena en un grado, no se puede valorar nuevamente esta circunstancia para aumentar la pena dentro del grado, sin infringir lo dispuesto en el artículo 63 del CP.

Pues bien, señala la defensa, ninguno de dichos criterios fueron correctamente seguidos al momento de establecer la cuantía exacta de la pena a imponer a su representado. El tribunal no se basó analizó ni explicó como la conducta delictiva se asociaba a la pena concretamente impuesta, teniendo en cuenta que la proporcionalidad en cuanto principio pasa por la relación entre la conducta concreta (no el tipo abstracto) y la pena aplicable. Debe analizarse el disvalor de la conducta, el disvalor del resultado en relación a la pena concreta y explicar por qué se llega a ella. No es lo que ocurrió en la especie, puesto que solo se consideró la extensión del mal causado en la familia



y la persona de la víctima (respecto de esta última solo con conjeturas), no asociadas a la conducta concreta del acusado, lo que importa errar en el sentido y alcance del art. 69.

**Décimo cuarto:** Que acusa la defensa que los sentenciadores del grado no le entregaron un adecuado sentido y alcance al artículo 69 del Código Penal, en primer término, por cuanto recurrirían para establecer la extensión del mal causado, a dos aspectos que se encuentran subsumidos en el grado de la pena, dando a entender luego que dicho aspecto se habría centrado por los juzgadores, en el estar en presencia de una hipótesis de femicidio; en ese contexto el recurrente destaca la decisión de política criminal de agravación de pena de tal figura delictiva en comparación con el homicidio frustrado, refiriendo en relación a ello el principio de proporcionalidad de la pena.

**Décimo quinto:** Que en torno a este primer reclamo, cabe indicar que el mismo nuevamente parte de un supuesto de hecho que no es tal. En efecto, lo argüido por la defensa se inicia desde la premisa que lo relevante a la hora de razonar en torno a la extensión del mal causado por los juzgadores, habría sido la consideración de la vinculación existente entre víctima y victimario; sin embargo, revisado el considerando vigésimo segundo de la sentencia del grado, se verifica que ello no es así, sino que fueron otros factores los que se tuvieron en consideración a la hora de valorar tal extensión. En efecto, según se puede leer claramente en dicho acápite, los juzgadores tuvieron en consideración en primer término la afectación física y emocional que aún existe en la víctima, relacionado con las secuelas físicas que permanecerán de por vida y que además no podrá ocultar, como las marcas del rostro, problemas para deglutir, el no poder usar ropa interior (sostén), entre otras, y que aún se encuentra en intervención psicológica y con apoyo médico complementario en el consultorio. Por otra parte, tuvieron en consideración el daño a su grupo familiar, en este caso madre (tercera edad) e hija (adolescente) de la víctima, quienes además de haber presenciado el delito se han visto afectadas en



su ingresos y subsistencia dado que la víctima no ha podido volver a trabajar, siendo la proveedora de su familia.

**Décimo sexto:** Que, así las cosas, el recurso no será oído en torno al argumento que se analiza, por ser errado en su premisa inicial.

**Décimo séptimo:** Que luego reprocha el recurrente, que para aumentar la pena los sentenciadores tomaron en consideración el daño o afectación a la madre e hija de la víctima, que presenciaron los hechos, reprochando que dicha circunstancia ya había sido valorada por el tribunal para solventar al agravante del 390 quáter N° 3 del Código Penal.

**Décimo octavo:** Que al efecto cabe indicar que la sentencia de la instancia en su considerando vigésimo segundo, si bien es cierto hace referencia una vez más al hecho de haber presenciado dichas parientes de la víctima la agresión, hacen consistir la extensión del mal causado (en este aspecto), en una cuestión diferente, como lo es la afectación en torno a la subsistencia de dicha madre e hija, desde que la víctima era la proveedora de la familia y consecuencia de los hechos no ha podido volver a trabajar.

**Décimo noveno:** Que, así las cosas, y al igual que en lo referente a reproches anteriores deberá desecharse el recurso con un mero análisis inicial, desde que el mismo parte de una premisa que no encuentra sustento en lo argüido en la sentencia que se revisa, como lo es en el presente caso, que la extensión del mal causado se haya hecho consistir en el haber presenciado la agresión madre e hija de la víctima.

**Vigésimo:** Que no verificándose ninguno de los vicios denunciados por la defensa del acusado, forzoso será declarar sin lugar el recurso, como se expondrá en lo resolutive.

Por estas consideraciones y en conformidad, además, con lo que disponen los artículos 372, 373, 377, 378 y 384 del Código Procesal Penal, se declara que **SE RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por el abogado Sr. Roberto Rozas Serri, en representación de **JUAN CARLOS ESPINOZA GUZMÁN**, condenado en causa



RIT 25-2022, ROL ÚNICO 2010067724-6; en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, con fecha 15 de septiembre de 2022, la que en consecuencia, no es nula.

Redacción del abogado integrante Alexis Salvador Gómez Valdivia.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° Penal-843-2022 (pvb).



Pronunciada por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, integrada por su Presidenta Ministra Sra. Cecilia Aravena López, Ministro Sr. Alberto Amiot Rodríguez y abogado integrante Sr. Alexis Gómez Valdivia. Se deja constancia que el Ministro Sr. Alberto Amiot Rodríguez y el abogado integrante Sr. Alexis Gómez Valdivia, no firman la sentencia que antecede, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la presente causa, por encontrarse ausentes.

En Temuco, a siete de noviembre 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 11 de Septiembre de 2022, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.