

Chillán, veintidós de abril de dos mil veintidós.

VISTO:

En estos antecedentes R.I.T. 172-2021, R.U.C. 2000947760-9, por sentencia de fecha 24 de enero pasado, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, se condenó a Edwar Toloza Salazar a sufrir la pena de 15 años de presidio mayor en su grado medio, y a la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su responsabilidad como autor del delito de femicidio en grado de frustrado, descrito y sancionado en el artículo 340 bis del Código Penal, perpetrado en esta ciudad de Chillán en la madrugada del 16 de septiembre de 2020, en perjuicio de Jessica Montero Fuentes, estableciéndose además que el encartado deberá cumplir la pena real y efectivamente, sirviéndole de abono el tiempo en que ha permanecido privado de libertad en esta causa, desde la ocurrencia de los hechos. Además el fallo determinó tomar muestras biológicas del imputado, como también la huella genética e incluirlas en el registro de condenados a que se refiere el artículo 17 de la Ley 19.970. Además se ordenó en su oportunidad la devolución de los documentos objetos y otros medios de prueba incorporados en las respectivas audiencias, conteniéndose un voto de prevención de la Magistrada subrogante del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, señora Paola Shisano Pérez.

En contra de la aludida sentencia, interpuso recurso de nulidad la defensa del imputado, el que fue conocido en la audiencia del día veinticuatro de marzo pasado, fijándose para la lectura del fallo, la audiencia del día de hoy a las 10:00 horas

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, la defensa del encartado interpone recurso de nulidad en contra del fallo referido estableciendo como causal principal la prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, cuyo texto cita, invocando como segunda causal subsidiaria la recogida en el artículo 373 letra b) del mismo código, cuyo texto transcribe también.

CTDZBXVXX

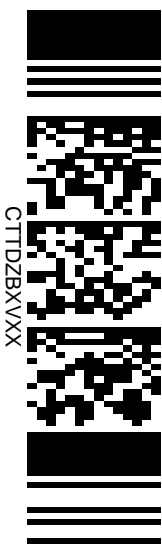


En relación a la primera manifiesta que el fallo infringe el derecho a un debido proceso y específicamente el derecho a la defensa del acusado, estimando como norma infringida el artículo 19 N° 3 de la Constitución y el artículo 341 inciso 3° del Código Procesal Penal.

En lo que llama antecedentes previos cita el texto de la acusación como sigue:

"El 16 de septiembre de 2020, en horas de la madrugada, en el domicilio de la víctima JESSICA MONTERO FUENTES, el acusado Edwar Alirio Toloza Salazar procedió a atentar contra ésta, quien a la fecha era su conviviente, con la intención de darle muerte, para lo cual tomó un cuchillo cocinero, dándole 2 puñaladas en zonas vitales, primero en la zona región lumbar derecha, y luego en la zona lateral izquierda del cuello, y además le provocó lesiones en las manos, debido a la acción defensiva de la víctima, requiriendo ser intervenida quirúrgicamente. Posteriormente el imputado se da a la fuga." El referido hecho constituye el delito de femicidio, previsto y sancionado en el artículo 390 bis del Código Penal, en grado de frustrado, correspondiéndole al acusado EDWAR ALIRIO TOLOZA SALAZAR participación en calidad de autor, al haber intervenido en su ejecución de una manera inmediata y directa de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, posteriormente se refiere a las circunstancias agravantes incluidas en la acusación señalando como tal la del artículo N° 12 del Código Penal, y otra acogida por voto de mayoría por el tribunal, no incluida la acusación ni la particular que corresponde a la establecida en el artículo 390 quáter del Código Penal. Agregando que fue ella invocada por el ministerio Público en su alegato de apertura.

En cuanto a la forma en que se configura la causal referida expresa que, en el veredicto el tribunal por mayoría acoge la agravante recién señalada, es decir, el tribunal solo permitió valoraciones de corte normativo, habiéndose dirigido la prueba a configurar el delito de femicidio y la agravante del artículo n° 12 del Código Penal, no habiendo permitido el tribunal el ejercicio del derecho a defensa vulnerándolo privando al imputado de presentar prueba en contrario conocer el contenido completo de los hechos usados, luego de lo cual agrega el voto de



minoría que acogió los argumentos de la defensa como sigue: *“Finalmente, también previno esta magistrada al estimar extemporánea la solicitud de la Fiscalía de configurar una agravante no planteada en la acusación, esto es, la contemplada en el artículo 390 quáter número tres del código punitivo, dado que dicha circunstancia, era conocida por el Ministerio Público desde el inicio del procedimiento, no obstante lo cual, no la invocó sino hasta el juicio oral, forzando con ello el pronunciamiento de las juezas de la Sala; alterando, a entender de quien previene el sentido y alcance de la norma contenida en el artículo 341 inciso segundo, que es una facultad que debe surgir de manera espontánea en los jueces durante la deliberación y no puede usarse por las partes como una herramienta para subsanar ciertos defectos de la acusación, en especial porque el artículo 259 del código procesal penal es imperativo al ordenar que la acusación “deberá” contener “de manera clara y precisa”, y en su letra c) señala: “la relación de circunstancias modificatorias de responsabilidad que concurrieren, aun subsidiariamente de la petición principal”.*

Por lo que, con la estrategia procesal empleada en este caso por el acusador, se vulneró abiertamente la norma citada, lo que a entender de quien previene no resulta procedente.

A mayor abundamiento, tampoco se describe en los hechos de la acusación la presencia de un menor de edad hijo de la víctima, por lo que no es posible configurar la agravante en comento, sin exceder los hechos y márgenes de la acusación, vulnerando el principio de congruencia y afectando el derecho de Defensa, puesto que ésta solo en el juicio se enteró de dicha pretensión fiscal, y solo en la clausura pudo cuestionar si el menor de edad aludido era o no descendiente de la ofendida y no tuvo la oportunidad de ofrecer, ni de rendir prueba de ello, dado que ello no se planteó en la oportunidad procesal correspondiente y atendido que no se encontraba descrito en los hechos, tampoco podía anticipar que ello sería planteado durante el juicio.

Finalmente, considera este magistrado que las circunstancias que perjudican la situación procesal de un encausado son de interpretación estricta y

CTDZBXVXX

en este caso, tratándose además de una agravante específica y no genérica, deben interpretarse restrictivamente todo lo relacionado con ella.” .

Expresa que el artículo 341 es una manifestación de la garantía al derecho de defensa y se inspira no solo en el principio de congruencia sino también en la misma lógica que el derecho a defensa, esto es la posibilidad de debatir y contradecir la prueba de cargo respecto del delito llamado a recalificar, lo que implica por una parte que la defensa debe y puede no solo argumentar normativamente en contra de tal llamado sino también debe permitírsele el pleno ejercicio que la ley flanquea para impugnar la acusación y las pruebas que la sustenta, y también asiste al imputado que los jueces del fondo no deban y puedan condenar con una pena que exceda en gravedad, aunque formalmente hayan llamado a debatir antes de la etapa de recalificación de aceptarse lo ocurrido, especialmente en orden de la aceptación de la prueba de descargo, se vulnera la garantía al derecho a defensa, puesto que la sentencia se funda en el ejercicio de un contradictorio vinculándola a una agravante nueva no prevista dentro de la defensa técnica, de modo tal que descansa fuera del justo y racional procedimiento. La decisión del tribunal de llamar a discutir sobre una agravante nueva antes de la etapa de deliberación y más allá de meras alegaciones argumentativas implica en concreto la vulneración al derecho a defensa que se manifiesta o refleja en las siguientes consideraciones.

a) El imputado fue formalizado como autor de un delito de femicidio en grado de desarrollo frustrado.

b) Que, una vez presentada la acusación, el ejercicio del derecho a defensa se concreta en relación la calificación jurídica propuesta por el persecutor y las circunstancias agravantes incoadas.

Tanto que, en la audiencia de preparación de juicio oral, la defensa evaluó sus opciones de defensa, de prueba, y por ello la discusión se centró únicamente en los elementos de cargo que pudieran justificar la configuración de este delito y no otro. En este sentido cabe anotar que incluso objetó prueba relativa a los delitos por los cuales el imputado fue efectivamente acusado, solicitando exclusión de testigos (no fue acogida por el tribunal) el ofrecimiento de prueba propia que



venían acreditar la circunstancia atenuante del artículo 11 N°1 y el rechazo de la agravante del artículo 12 N°16.

c) Que en el desarrollo del juicio oral el Ministerio Público y el querellante solicitaron la circunstancia agravante del artículo 394 quáter N°3 del Código Penal no incluida en la acusación ni en la adhesión a la acusación y tampoco la circunstancia fáctica de la agravante se encontraba incluida en la acusación, por lo que, ésta defensa se opuso tanto en su alegato de apertura como de clausura anticipando que era insalvable dicha solicitud, ya que NUNCA podría ofrecer prueba en contrario de la agravante, y además se argumentó que en éste nuevo hecho, que configuraba la circunstancia agravante no se encontraba incluido en la acusación y también existe una falta de prueba para acreditar si el menor se encontraba o no presente al momento que los hechos sucedieron y además si el menor es o no descendiente de la víctima, porque ninguna prueba se ofreció para aquellos por parte los persecutores.

d) Finalmente, como se desarrollará más adelante, la decisión del Tribunal en orden a incorporar la circunstancia modificatoria alegada no era previsible para la defensa, ni estaba dentro de los márgenes de la prueba ofrecida por el persecutor ni mucho menos en el texto de los hechos acusados.

Expresa luego que la congruencia penal es conocida también como correlación entre acusación y sentencia, e implica que el tribunal no pueda en su sentencia excederse de los términos en que fue formulada la acusación. Opera como garantía para evitar que el imputado sea sorprendido con variaciones el a unidad temática del proceso. En sentido estricto la congruencia se deriva del poder de disposición que las partes tienen sobre objeto del proceso y por eso tiene pleno sentido en el proceso civil. En el proceso penal, las partes no tienen disposición.

Para Roxyn, el objeto del proceso penal *“en un sentido amplio, el objeto del procedimiento es la cuestión acerca de si el imputado ha cometido acciones punibles y, dado el caso, qué consecuencias jurídicas le deben ser impuestas. En cambio, el termino técnico objeto del proceso tiene un significado más restringido.*

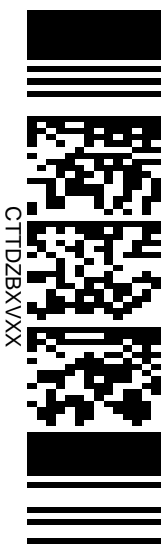
CTDZBXVXX



Se refiere al “hecho descrito en la acusación de la(s) persona(s) acusada(s)”, esto es, solo al objeto del procedimiento judicial”.

Se entiende por la doctrina que existe identidad del objeto del proceso cuando la declaración de las consecuencias penales respecto de la misma persona se basa en un mismo fenómeno vital. Surge así una entidad subjetiva y una objetiva la primera identidad es de la persona del imputado. Es decir, no puede existir ningún cambio durante la pendencia del proceso, respecto a la persona del imputado. La segunda identidad apunta al hecho, se trata de un concepto procesal de hecho. El describe el acontecimiento histórico sometido al tribunal a través de la acusación en tanto una unidad según la concepción cultural. Forman parte de un hecho en primer lugar, independiente de toda calificación jurídica, todos los acontecimientos fácticamente inseparables y pertenecientes a él; pero, por ello, también acontecimientos independientes, separables en el sentido del concurso real, cuando ellos son comparables en su contenido de injusto y se hayan en una relación temporal y espacial estrecha uno con otro. En el mismo sentido, la jurisprudencia y la doctrina chilena han sostenido mayoritariamente que el objeto del proceso se define por el hecho punible imputado al acusado esta forma de entender el objeto del proceso ha llevado como consecuencia que el deber de correlación de la sentencia se predique respecto del hecho punible.

Más allá del hecho punible desde un punto procesal normativo. Es decir, más allá del objeto del proceso, se sitúa el problema del derecho de defensa y del principio de contradicción, los cuales alcanzan a todas las cuestiones fácticas y jurídicas el caso. En efecto, las partes tienen derecho a defenderse y a contradecir no solo del hecho sustancial del que trata el proceso, sino además de todos los hechos y circunstancias fácticas tengan o no eficacia jurídico-penal, y además respecto de todos los aspectos referidos a la calificación jurídica y la consecuencia punitiva. Todos eso contenidos se aglutinan en el objeto del debate el cual delimita el ámbito, la amplitud del derecho de defensa y la eficacia del principio de contradicción. Como se ve, su ámbito es mucho más que el del objeto del proceso.

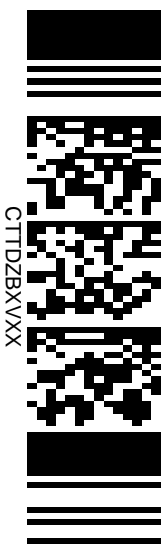


En el caso particular nos encontramos ante una circunstancia agravante de la responsabilidad penal a cuyo respecto el profesor Carlos Kunsmuller, manifiesta que “Aun reconociendo el carácter de elementos accidentales del delito a las circunstancias modificativas, es posible encontrar dos teorías claramente distintas. Por un lado, aquel sector de la doctrina –mayoritario– que vincula las circunstancias a la teoría del delito, sea al injusto, sea a la culpabilidad. Por otro lado, se hallan las teorías minoritarias, que reconducen la ubicación sistemática y estudio de las circunstancias modificativas a la teoría de la pena. Como adherentes al primer criterio pueden distinguirse aquellos autores que vinculan las circunstancias con ambos elementos, injusto y culpabilidad, y aquellos otros que, aun estimando que las circunstancias tienen ubicación sistemática dentro de la teoría del delito, no obstante, las sitúan en la culpabilidad, manteniendo, en una postura superada actualmente, que las mismas suponen una mayor o menor peligrosidad o perversidad del sujeto.

Añade que en el caso particular, estamos frente una agravante que altera elementos configurativos de la culpabilidad y el propio tribunal lo entiende de esta forma abriendo debate respecto de las agravantes propuestas antes de los alegatos de clausura, aun sin retirarse a deliberar y resolviendo la cuestión planteada por el persecutor en el verdecito, dejándolo sentado y acreditado antes de la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal, agregando que el tribunal subsidia al ministerio publico excediendo el marco de sus facultades.

Se refiere a continuación a la vulneración de la garantía del debido proceso como fundamento en la causal de la nulidad establecida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, aseverando que en este procedimiento se ha infringido sustancialmente el derecho a defensa del imputado en cuanto a derecho a ser oído, derecho a refutar o impugnar la prueba de cargo, para posteriormente citar el texto del artículo 7° y 8° del código procesal penal.

Expresa luego, que no es necesaria la preparación del recurso pues la infracción se ha producido al momento de dictarse la sentencia, no obstante lo cual la defensa hizo alegaciones en oposición a las pretensiones del Ministerio Publico, por lo que debe estimarse que la preparación es oportuna.



Manifiesta a continuación, que el vicio denunciado le provoco un grave perjuicio pues el tribunal recurrido ha dictado una sentencia condenatoria sin permitir el legítimo derecho a defensa, no pudiendo el imputado refutar los elementos de prueba que pudieran justificar la configuración de los elementos típicos de esa figura. En consecuencia, de no haber incorporado la agravante el encartado no habría visto vulnerada sus garantías fundamentales y menos habría sido condenado al máximo de la pena solicitada por el persecutor.

Pide que se acoja el recurso y se declare la nulidad del juicio y de la sentencia por cuanto el perjuicio causado solo puede repararse con la realización de un nuevo juicio a celebrarse en una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado.

Subsidiariamente invoca la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, bajo tres hipótesis de aplicación errónea de las siguientes normas:

1. Artículos 7, 15 y 391 n°2 del Código Penal en relación a los hechos que se tienen por acreditados.
2. En orden a aplicar erróneamente el artículo 11 n°6 del código penal.
3. La aplicación errónea e las normas contenidas en los artículos 63 inciso primero en relación al 69 del código penal.

En relación a la primera manifiesta que el tribunal condena por un hecho que no contiene elemento alguno que le permita diferenciarlo de un delito de lesiones graves cometido en la persona de la víctima, luego de lo cual cita los fundamentos decimotercero y decimocuarto de la sentencia, los cuales no contiene elementos diferenciadores que le permitan distinguir entre el homicidio y las lesiones graves. Posteriormente cita el hecho que el tribunal da por acreditado, descripción que no tiene alusión alguna al ánimo de matar del hechor, por lo que faltan elementos que permitan calificar la conducta del imputado como homicidio y preferir esa calificación jurídica por sobre la de lesiones graves, como se aprecia el tribunal ha impuesto una condena por un delito más grave que el que tuvo por acreditado, lo que hace que se incurra en la causal denunciada, siendo procedente la invalidación del fallo por la consiguiente dictación de la sentencia de reemplazo. De la sola lectura de la sentencia aparece que el tribunal no



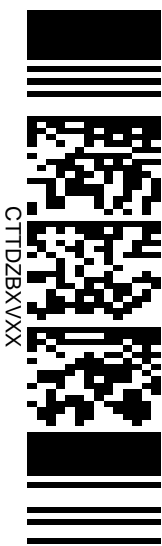
consideró que las conductas desplegadas solo colman la exigencia de un delito de lesiones graves, con lo que si los hechos no describen una conducta homicida no pueden servir de base para una condena de ese tipo.

A continuación, cita los hechos que el tribunal tuvo por acreditados añadiendo que una cosa es la que se declara de las cosas y otro lo que están son “Las cosas son lo que son y no lo que se dicen que son”. En términos técnicos lo que se describe no es otra cosa que dolo eventual, incompatible con etapas de desarrollo imperfecto del delito lo que trae aparejado que la subsunción realizada por el tribunal sean contraía a derecho en los termino expuestos. Así lo ha resuelto la Excma. Corte Suprema, en causa Rol 6613-2012, como también otros fallos pronunciados en el rol 2882-2017, enseguida cita los motivos quincuagésimo cuarto, quincuagésimo quinto, sexagésimo segundo del último fallo aludido (2882-2017). Posteriormente insiste que el proceso de subsunción que establece el tribunal resulta contrario a derecho, pues los hechos acreditados se encuadran en la figura del artículo 347 del Código Penal, reiterando que el dolo declarado por los sentenciadores no se aviene con la prueba rendida por lo que no puede sino ser calificado como dolo eventual.

Como segunda hipótesis, sostiene la recurrente que el tribunal rechazó la atenuante prevista en el artículo 11 del Código Penal, basado únicamente en el ingreso irregular del encartado al país y en que tendría unas supuestas sentencias en el extranjero, lo que determina en el considerando vigésimo, cuyo texto cita también.

A juicio de la defensa la decisión incurre en una aplicación errónea del derecho que ha influido en la parte dispositiva del fallo pues el tribunal ha considerado elementos extrajurídicos que no forman parte de nuestra legislación para estimar que no procede la atenuante referida, luego de lo cual cita los aspectos facticos jurídicos de relevancia para el recurso que son:

a) Que mi representando en su extracto de filiación y antecedentes chileno mi representado no tiene antecedentes prontuariales anteriores.



b) Que, el tribunal rechaza la atenuante aduciendo que el ingreso irregular al país genera que su conducta anterior a sido reprochable, cuestión que la defensa estima no es tal.

c) En cuanto a que los documentos allegados por el ministerio público NO son oficiales y tampoco son suficientes para acreditar que mi representado tiene condenas en Colombia.

Posteriormente, cita la opinión expresada por el profesor Etcheberry sobre el concepto de conducta intachable, como también lo referido por el profesor Cury y una sentencia reciente de dictada por este Tribunal, en el rol 36-2022. Manifiesta que el tribunal yerra al calificar como un reproche jurídico penal la entrada irregular del imputado al país, pues el derecho a migrar se establece en el artículo XIII de la declaración universal de derechos humanos, agregando que al afirmar los jueces que los documentos acompañados por el ministerio son oficiales incurre en una errónea aplicación del derecho, pues se trata de copias simples no apostilladas y que no tienen ninguna fiabilidad pudiendo incluso haber ocurrido que la sentencia que tales documentos dan cuenta se pudo haber pronunciado por hechos donde el imputado era menor de edad.

Expresa que por lo dicho los sentenciadores han incurrido en error de derecho con influencia en lo dispositivo del fallo.

En cuanto a la tercera hipótesis invocada consiste en una errónea aplicación de lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, en la parte que la sentencia realiza la determinación de la penal que corresponde al imputado donde interpretó erróneamente el concepto aludido. El tribunal manifiesta que se condena al encartado Toloza, como autor del delito de homicidio frustrado, siendo la pena que en abstracto le corresponde la presidio mayor en su grado mínimo, por lo que considerando que existen dos circunstancias modificatorias el artículo 68 del Código Penal, faculta al tribunal para recorrer toda la extensión de la pena ocurriendo que en la especie los sentenciadores hacen aplicación del artículo 69 del Código Penal y deciden imponer el grado mayor de la pena considerando que existe una mayor extensión del mal causado, invocando enseguida el fundamento vigésimo tercero del fallo, agregando que los sentenciadoras consideran que el



mal causado es de una entidad tal, que la pena debe aplicarse en su máximo lo que deriva en una errónea aplicación de dicho artículo pues considera la mayor extensión del mal causado por los mismos hechos por los cuales condena. A continuación manifiesta que en la sentencia se aplica la pena en el tramo superior fundado en la misma razón, valorando dos veces el mismo hecho al infringiendo el principio non bis in ídem. En la sentencia impugnada se hace referencia únicamente a la entidad del peligro corrido por el bien jurídico protegido. Agrega que lo ocurrido quedó plasmado en el voto de prevención, que cita en su parte pertinente, el cual sostuvo en conclusión que no existían elementos que permitieran exacerbar la pena al máximo legal y estuvo por condenar al encartado a 10 años y 1 día.

En cuanto a la preparación del recurso manifiesta que como el error denunciado se produjo en la dictación del fallo, no se requiere preparación del arbitrio.

Manifiesta enseguida que el aludido error es sustancial y ha influido en lo dispositivo del fallo ya que de no haber incurrido en él, el encartado hubiere sido condenado por un delito de lesiones graves con la pena probable de presidio menor en su grado máximo, añadiendo que de haberse considerado concurrente las atenuantes de los números 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal, era perfectamente aplicar la pena en su mínimo y que al aplicar erróneamente las normas sobre determinación de la pena, ello ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo toda vez que el imputado debió ser condenado a la pena de 10 años y 1 día de presidio menor en su grado medio, y que la infracción antedicha solo puede ser enmendada acogiendo al causal invocada.

Termina pidiendo se tenga por interpuesto el recurso por la causal principal para que se acoja y se declare la nulidad del juicio y de la sentencia. En subsidio, pide se acoja el recurso subsidiario de nulidad alegada y se anule la sentencia y dicte sentencia de reemplazo en la que se condene al imputado como autor de lesiones graves a Jessica Montero Fuentes, a la pena de presidio menor en su grado máximo; en el caso de acoger la segunda de las hipótesis se estime dos circunstancias agravantes y una atenuante y sentenciar al imputado a la



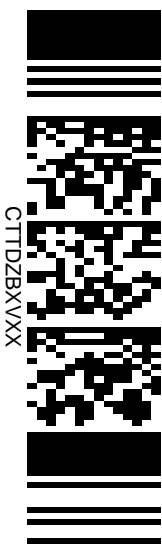
pena de presidio menor en su grado máximo, y en el caso que se acoja la tercera aplicarle igual pena.

Segundo: Que, por razones de orden las cuestiones que este tribunal debe resolver serán analizadas en el mismo orden en que fueron planteadas por la recurrente, comenzando por ende por la causal esgrimida con carácter de principal para luego abordar la concerniente a la subsidiaria en cada una de las hipótesis propuestas en el recurso.

Tercero: Que, entrando en dicho examen corresponde dejar constancia que habiéndose deducido el arbitrio por la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, para ante la Excma. Corte Suprema, dicho tribunal recondujo el debate considerando que las circunstancias invocadas como fundamento del recurso correspondían mejor al motivo absoluto de nulidad establecido en el artículo 373 letra f) del Código Procesal Penal, ordenando remitir los antecedentes ante esta Corte de Apelaciones para el conocimiento del aludido arbitrio.

Cuarto: Que, ciñéndonos al ámbito determinado por el Excma. Tribunal, es del caso consignar que las alegaciones de la defensa se fundan medularmente en esta parte en la circunstancia que los sentenciadores infringiendo lo dispuesto en el artículo 341 inciso segundo del Código Procesal Penal, estimaron concurrente una circunstancia agravante de responsabilidad del encartado correspondiente a la contemplada en el artículo 390 quáter N° 3 del Código Penal, pues al momento de ocurrencia de los hechos estaba presente el hijo menor de la víctima de 5 años de edad en ese entonces; modificatoria de responsabilidad penal que no fue invocada en la acusación formulada en autos por el Ministerio Público en contra de Toloza Salazar, por lo que legalmente no resulta admisible su planteamiento en forma tardía. A partir de lo dicho la defensa desplegó múltiples esfuerzos para impedir que el tribunal analizara los antecedentes expuestos por el Ministerio Público en pro de la concurrencia de la agravante.

Quinto: Que, lo cierto es que la concurrencia de la agravante antedicha fue planteada al tribunal por el Ministerio Público ya en el alegato de apertura, en el cual el ente persecutor sugirió a los sentenciadores debatir esta cuestión,



determinando el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal abrir debate sobre el punto, oyendo a la defensa al ministerio público y a la parte querellante, determinando en la etapa de deliberación que estimaría concurrente la agravante antedicha, en contra del imputado Toloza Salazar.

Sexto: Que, para analizar esta cuestión corresponde tener en cuenta el texto expreso del artículo 341 inciso segundo del Código Procesal Penal, “*Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia*”. En consecuencia, lo cierto es que sin incurrir en infracción al principio de congruencia recogido en el inciso primero del mismo precepto, la ley autoriza al tribunal para realizar una cuadratura jurídica distinta de la hecha por el ente acusador o estimar concurrentes causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal del encartado, no incluidas en la acusación siempre que hubiere advertido de ello a los intervinientes durante la audiencia. Por lo mismo, es el propio legislador el que faculta a los sentenciadores para variar la calificación jurídica del hecho atribuido al encartado o para estimar concurrentes otra u otras modificatorias de responsabilidad penal de este, con la sola limitación de advertir de ellos a los intervinientes.

Séptimo: Que, en el caso presente como ya se insinuó y como además lo asevero en estrados el Ministerio Público fue esa parte quien insto al tribunal ya en el alegato de apertura a debatir sobre la agravante establecida en el artículo 390 quáter N° 3 del Código Penal, a lo que los señores jueces accedieron oyendo a los intervinientes para posteriormente al pronunciar el veredicto dar a conocer a estos que en definitiva resultaría acogida la referida la agravante.

Octavo: Que, se estima del caso dejar constancia que durante el planteamiento del recurso la defensa aseveró en forma reiterada que lo ocurrido constituía una infracción a la garantía constitucional del debido proceso, pues no se permitió a esa parte controvertir y rendir prueba sobre la circunstancia modificatoria antedicha, lo que ameritaba la declaración de nulidad de la sentencia y del juicio oral que la había precedido. Sin embargo, en virtud de la reconducción

CTDZBXVXX



del asunto dispuesta por la Excma. Corte Suprema a esta Corte de Apelaciones, corresponde analizar únicamente, los antecedentes que preceden, concernientes al principio de correlación o congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia en términos de dirimir si está última ha excedido o no a la primera, trasgrediendo los derechos del encartado, y en concreto la garantía constitucional del derecho a defensa del que éste es titular, con arreglo a la cual durante el desarrollo de la controversia puede plantear debate sobre las aseveraciones hechas por el Ministerio Público, y el querellante si lo hubiere, y rendir prueba acerca de los hechos en que fundamenta sus alegaciones.

Noveno: Que, al plantear su alegato en estrados sostuvo la defensa que no se le permitió rendir prueba acerca del sustento fáctico de la agravante invocada por el Ministerio Público, de lo que resultó afectada en el ejercicio de sus derechos. No obstante, lo cierto es que la defensa no alegó concretamente haberse visto impedida de rendir prueba sobre la cuestión en análisis y a mayor abundamiento, es efectivo también que la aludida prueba era común a todos los intervinientes y consistía desde el punto de vista material en dirimir acerca de la presencia o no del hijo menor de la víctima en el lugar al momento de ocurrencia de los hechos la que el tribunal consideró efectiva, y que por ende ameritaba concluir que resultaba concurrente también la agravante en análisis.

Décimo: Que, por lo dicho, corresponde enseguida emitir derechamente pronunciamiento de la concurrencia o no de la causal de nulidad que propone la defensa del encartado. Sobre dicha cuestión este Tribunal es de parecer que los sentenciadores al actuar como lo hicieron ajustaron su quehacer a derecho, por cuanto es la propia ley la que los faculta para examinar la concurrencia de una agravante de responsabilidad del encartado, no comprendida en la acusación, con el solo requisito de dar cuenta de ello a los intervinientes, durante la audiencia y antes de la etapa de deliberación. En el caso presente es un hecho no controvertido la efectividad que fue el Ministerio Público, la parte que instó a los señores jueces al examen de la cuestión en comento a lo que estos accedieron estableciendo en el veredicto que se acogería en contra del imputado la agravante establecida en el artículo 390 quáter N° 3 del Código Penal, habiéndose así



determinado igualmente en la sentencia definitiva, correspondiendo precisar que si bien esta es una cuestión constituye una facultad del tribunal nada impide que sea el Ministerio Público el que inste a su concurrencia. En consecuencia, no se advierte que lo ocurrido constituya una infracción al principio de congruencia pues se cumplieron todos los requisitos legales para que el tribunal procediera como lo hizo, los sentenciadores se apegaron estrictamente a los términos exigidos por el artículo 341 inciso segundo del Código Procesal Penal, a partir de lo cual corresponde rechazar el recurso por la causal del artículo 374 letra f) del mismo texto legal.

Undécimo: Que enseguida corresponde analizar y resolver lo concerniente a la segunda causal de nulidad invocada por la recurrente que es la contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, consistente en que el tribunal al dictar la sentencia haya hecho una errónea aplicación del derecho que haya influido en la parte dispositiva del fallo.

Como se lee en el recurso esta causal se funda por la defensa del imputado por supuestas infracciones a las normas que se indicaran, dejándose constancia previamente que la infracción de ley puede tener lugar en tres casos, que son:

- a) Cuando a un determinado conflicto jurídico se aplica una norma que no corresponde.
- b) Cuando a una determinada cuestión no se aplica una norma que si corresponde.
- c) Cuando se incurre en una errónea interpretación de la ley.

Además, la doctrina y la jurisprudencia son coincidentes, en cuanto a que esta es una causal puramente normativa, de puro derecho, con lo que el examen que corresponde hacer al tribunal encuentra límite en las normas de las que la sentencia hizo aplicación u omitió aplicar o cuando en el fallo impugnado se estableció a un determinado precepto un sentido o alcance distinto al que legalmente corresponde. Por lo mismo en caso alguno el análisis y decisión del recurso puede extenderse a los hechos de la causa los que resultan inamovibles y deben ser íntegramente respetados por el tribunal superior. Naturalmente bajo



ese prisma corresponde analizar las infracciones que la defensa atribuye al fallo impugnado, consistentes , respectivamente, en trasgresión al artículo 397 del Código Penal, que castiga el delito de lesiones graves, infracción a lo dispuesto en el artículo 11 N° 6 del mismo código, consistente en una eventual trasgresión a dicho precepto al determinar los sentenciadores como no concurrente la atenuante de irreproachable conducta anterior del imputado y por último, por haber incurrido las señoras jueces en una errónea aplicación del artículo 69 del Código Penal, en lo que concierne a la determinación concreta de la pena y a la extensión del mal causado por el delito, toda vez que habrían extendido este concepto a las características del delito de femicidio frustrado, valorándolas dos veces, la primera, al analizar lo que respecta a la existencia del mismo y la segunda, por cuanto determinaron la extensión del mal causado por el hecho punible recurriendo a los mismos elementos del aludido injusto, a partir de lo cual los jueces recurridos habrían trasgredidos el denominado principio non bis in ídem, que constituye una cuestión básica del derecho penal.

Duodécimo: Que, examinando a continuación los fundamentos de cada una de las supuestas infracciones de ley imputada a la sentencia impugnada, corresponde hacerse cargo de aquella consistente en una trasgresión al artículo 397 del Código Penal, por cuanto según lo manifiesta la defensa el dolo con que actuó el imputado Toloza no fue de carácter homicida, sino únicamente de lesiones graves. A juicio de la recurrente la intención del encartado no fue la de matar a la víctima sino que únicamente la de causarle lesiones graves, no existiendo antecedentes en la causa respecto del dolo de matar. A esta cuestión, se refirió pormenorizadamente la defensa en su alegato en estrados, añadiendo que en ninguna parte del fallo se hace referencia a que subjetivamente la intención del encartado era causar la muerte de doña Jessica Montero Fuentes. Por su parte, el ministerio público aseveró que la conducta ejecutada por Toloza fue de carácter homicida teniendo en consideración que las heridas causadas a la señora Montero Fuentes, fueron realizadas en zonas vitales de su cuerpo y a raíz de ellas la víctima pudo haber fallecido de no haber mediado el auxilio que le fue prestado por su primo, quien concurrió al lugar pudiendo apreciar las condiciones en que



ella se encontraba realizándole torniquetes en las heridas que se encontraban expuestas. En este punto, los intervinientes abundaron además en antecedentes para aseverar que las figuras imperfectas de un delito deben necesariamente tener lugar con dolo directo y así lo aseveró la defensa, recurriendo a antecedentes de doctrina y a dos fallos de la Excma. Corte Suprema, uno del año 2012 y otro del año 2017. Por otra parte, la misma cuestión fue enfatizada por el ministerio público, parte que afirmó que de acuerdo al criterio sostenido recientemente por el Excmo. Tribunal, la tentativa de un delito y el delito frustrado no necesariamente requieren dolo directo sino que también pueden ejecutarse con dolo eventual. En este sentido el Ministerio Público invocó dos fallos de la Excma. Corte Suprema, uno del año 2020 y otro de 2021.

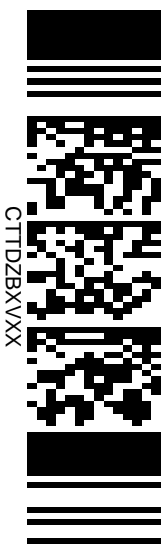
Décimo Tercero: Que la Corte, dirimiendo la cuestión en análisis coincide con la postura planteada por el órgano persecutor por cuanto tal y como lo señalan las señoras jueces, corresponde considerar que las lesiones experimentadas por la víctima pudieron causarle la muerte por haberle afectado órganos vitales, y a ellos cabe sumar que los auxilios recibidos por ella naturalmente tuvieron la aptitud de contribuir a que no muriera. Especial mención corresponde hacer a la crudeza con que actuó el encartado al causarle las lesiones a la víctima pues lo cierto es que procedió a ello utilizando un cuchillo cocinero de una hoja de 23 centímetros, poniendo todo de su parte para apuñalar la parte izquierda del cuello de doña Jessica Montero Fuentes, lo que efectivamente hizo y habiéndole apuñalado además en la parte trasera derecha de su cuerpo, a raíz de lo cual la víctima resultó con una perforación en su colón, se acreditó en la causa y en consecuencia debe tenerse como un hecho inamovible que en definitiva el femicidio no se consumó por la tenaz resistencia hecha por la víctima a su agresor, tal como lo aseveró en estrados el ministerio público y fue recogido en la sentencia. En los términos que lo indica la ley la muerte de la señora Montero Fuentes, no se produjo por una causa independiente de la voluntad de Toloza Salazar, como es la continua e intensa acción desplegada por la víctima para defender su vida. En síntesis, sin alterar de manera alguna los hechos establecidos en la causa, solo corresponde concluir que la acción ejecutada por



Tolosa por si misma era apta para causar la muerte de la víctima, pues las puñaladas que dio a esta, fueron en lugares vitales, no habiéndose producido el deceso de la señora Montero Fuentes, por la intensa lucha desplegada por ésta para mantenerse con vida, y si bien las lesiones sufridas fueron de carácter grave como ya se ha dicho pudieron generar su deceso de no haber mediado oportuno socorro de su familiar y la intervención técnica prestada en el Hospital Herminia Martín de esta ciudad.

Décimo Cuarto: Que, con todo lo dicho precedentemente, no cabe sino concluir, que la calificación jurídica de los hechos hecha en la sentencia recurrida se ajusta a derecho; en base a los hechos que el tribunal tuvo por acreditados aplicó correctamente el derecho determinando que el delito cometido por el agresor, fue el de femicidio frustrado y no de lesiones graves, por lo que solo corresponde rechazar el recurso por este primer fundamento de la causal subsidiaria.

Décimo Quinto: Que, la segunda cuestión planteada por la defensa como fundamento de la misma causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, se hizo consistir por la recurrente en una errónea aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, norma que las sentenciadoras desecharon al concluir que no beneficiaba al encartado la atenuante de irreprochable conducta anterior. Lo cierto es que en esta parte se generó asimismo un intenso debate entre la defensa y el Ministerio Público y la parte querellante, sosteniendo la primera que beneficiaba al encartado la aludida atenuante teniendo presente que Tolosa Salazar, no tenía ninguna anotación pretérita en su extracto de filiación y antecedentes. Por su parte, el tribunal fundó su negativa a estimar concurrentes la aludida atenuante en el hecho que el encartado ingreso ilegalmente a nuestro país, lo que de por si permite concluir que al momento de cometer el presente delito no tenía una conducta pretérita intachable. Además invocó el ente persecutor lo consignado en un oficio remitido por el ministerio público de Chile a su símil en Colombia, en el cual se consignó que había sido condenado en dicho país a la pena de 8 años por el delito de violencia intrafamiliar agravada, agregando el persecutor que el aludido juicio era



un documento oficial pues por su origen y características debía estimarse como tal, haciendo notar también que de acuerdo a un tratado internacional las sentencias dictadas en el extranjero tenían valor en Chile y que además no era necesario para ello, el cumplimiento de solemnidades no contempladas en la ley por cuanto sabido es que en el ámbito procesal penal rige el principio de libertad de prueba.

Décimo Sexto: Que, dirimiendo la cuestión en análisis y enfatizando una vez más, el carácter normativo de la causal interpuesta, este Tribunal coincide con la decisión adoptada por las señoras sentenciadoras, teniendo presente que el extracto de filiación y de antecedentes no es el único medio idóneo para examinar la concurrencia o no de la irreprochable conducta anterior del imputado, y que el ingreso de este al país de forma irregular denota la ejecución de una conducta de relevancia para el análisis de la concurrencia de la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, coincidiendo además con lo aseverado en estrados por la parte querellante, en cuanto a que la determinación en un caso determinado de la concurrencia o no de circunstancia modificatorias de responsabilidad penal, es una cuestión que solo le compete a los jueces de la instancia, no correspondiendo a la Corte examinar si a los antecedentes fácticos de una circunstancia como la de la especie se aplicó correctamente la normativa respectiva. Por otra parte, no puede obviarse el antecedente invocado por la Fiscalía respecto al oficio remitido por el Ministerio Público de Colombia y su contenido, si bien es claro que no puede ser considerado como una anotación penal pretérita que afecte al imputado. En consecuencia, también en esta hipótesis corresponde concluir que en esta parte del fallo, no incurrió tampoco en error derecho que haya influido sustancialmente en su parte dispositiva, por cuanto a los hechos que tuvo por acreditados, estimó improcedente aplicar la norma del artículo 11 N° 6 del Código Penal.

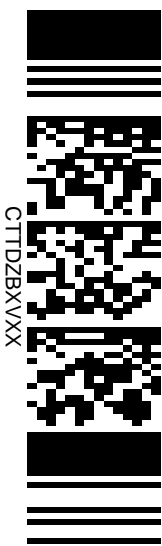
Décimo Séptimo: Que, entrando por último en el análisis del tercer fundamento de la causal subsidiaria de nulidad invocada, es del caso consignar que como ya se adelantó, ella se hace consistir por la defensa en una errónea aplicación hecho por el tribunal de lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal,

CTDZBXVXX



y concretamente en lo referente a que en la determinación de la cuantía de la pena dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. Se sostiene por la recurrente que en esta parte las señoras juezas sentenciadoras, también habrían incurrido en error de derecho al determinar la extensión del mal producido por el delito por cuanto llegaron a dicha conclusión valorando nuevamente los elementos probatorios que consideraron al examinar lo concerniente a la prueba de la existencia del ilícito, operación o razonamiento en virtud del cual se trasgredió el principio ampliamente reconocido en el código penal, denominado del “non bis in ídem” (No dos veces sobre lo mismo).

Décimo Octavo: Que, al examinar la efectividad del fundamento en análisis lo cierto es que las señoras juezas sentenciadora, al ponderar la extensión del mal causado no incurrieron en la doble valoración que pretende la recurrente y por ende no es efectivo que hayan analizado dos veces la misma cuestión. Al contrario de lo que se asevera en el recurso lo cierto es que el tribunal ejerció la facultad en comento con arreglo a lo dispuesto en la ley, con apego a lo preceptuado en el artículo 69 del Código Penal. Aunque, es efectivo que naturalmente haya invocado los medios de prueba atinentes a la acreditación de la existencia del delito en su oportunidad ejerció la facultad en análisis, considerando las severas e irrefutables secuelas y daños sufridos por la víctima del delito, como es el dolor físico experimentado como también el largo tiempo rehabilitación de la señora Montero Fuentes, y en fin el grave daño psicológico experimentado por ella con ocasión de las lesiones sufridas dejando expresa constancia que esta actividad valorativa una vez más exige el pleno respeto a los hechos acreditados en la causa. Lo cierto es que en la especie a tales circunstancias fácticas el tribunal aplicó el artículo 69 del Código Penal, recurriendo para ello a un acertado razonamiento para así determinar la pena en concreto a aplicar al encartado, además tal como se sostuvo en estrados por el Ministerio Público, a la misma pena correspondía arribar aún sin aumentar la sanción en razón de la extensión causado por el ilícito, sino estándose únicamente



a la facultad de las sentenciadoras para recorrer todo el tiempo que comprende la pena de presidio mayor en su grado medio. El límite correspondiente se extiende entre 10 años y 1 día y 15 años, de manera que aun cuando el tribunal no hubiere estimado procedente aplicar lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, al determinar la pena bien pudo haber recurrido todo el grado medio, y si bien concluyó que correspondía aplicar el máximo de dicho grado, lo cierto es que adoptó dicha decisión en ejercicio de la potestad que la misma ley le confiere.

Décimo Noveno: Que, en consecuencia tampoco se advierte en este caso la efectividad del planteamiento hecho por la defensa en cuanto a que en la determinación de la pena concreta a aplicar al encartado, el tribunal haya hecho una errónea aplicación de lo dispuesto en el artículo 69 parte final del Código Penal y al contrario de lo aseverado en el recurso, la Corte concluye que no existió el error derecho atribuido a la sentencia y que solo corresponde el rechazo del mismo.

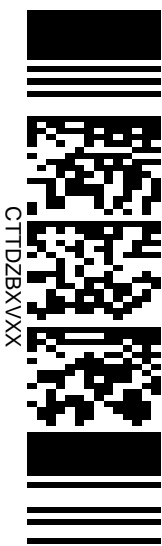
Vigésimo: Que, considerando la totalidad de los razonamientos que preceden, el recurso de nulidad interpuesto en esta causa no puede prosperar.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 373 letra b), 374 letra f), 378, 383 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** sin costas por ambas causales, el recurso de nulidad interpuesto por la Defensora Penal Pública, doña Claudia Espinoza Beltrán, en representación de don Edwar Toloza Salazar, en contra de la sentencia de fecha 24 de enero pasado, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, en la causa R.I.T. 172-2021, R.U.C. 2000947760-9, declarándose en el caso de la primera, que ella no es nula, como tampoco lo es el juicio oral que le dio origen, y que tampoco lo es el aludido fallo, en el caso de la segunda.

Regístrese y dese a conocer a los intervinientes que asistan a la audiencia fijada al efecto, sin perjuicio de su notificación por el estado diario e insértese en el acta respectiva. Hecho, devuélvanse.

Redacción del Fiscal Judicial señor Vigueras.

R.I.C. 79-2022-REFORMA PROCESAL PENAL.





CTDZBXVXX

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Chillan integrada por Ministro Presidente Guillermo Alamiro Arcos S., Fiscal Judicial Solon Rodrigo Vigueras S. y Abogado Integrante Jose Domingo Raul Fuentes S. Chillan, veintidós de abril de dos mil veintidós.

En Chillan, a veintidós de abril de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.

A contar del 02 de abril de 2022, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>