

7. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

CUASIDELITO DE HOMICIDIO

I. DERECHO A GUARDAR SILENCIO ES RENUNCIABLE. DECLARACIÓN DELIBERADA Y CONSCIENTE DEL IMPUTADO. RESPETO DEL DERECHO A GUARDAR SILENCIO Y DEL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE. II. INEXISTENCIA DE NORMAS QUE ESTABLEZCAN UN TRATAMIENTO ESPECIAL PARA LAS PERSONAS QUE NO SABEN LEER NI ESCRIBIR. ANALFABETISMO DEL IMPUTADO NO IMPIDE COMPRENDER LOS DERECHOS QUE LE INFORMA LA POLICÍA. III. DEMARCACIÓN ENTRE EL DOLO Y LA CULPA. DOLO EVENTUAL. IV. CONFIGURACIÓN DEL DOLO EVENTUAL REQUIERE UNA REPRESENTACIÓN NECESARIA. SUJETO QUE ACTÚA CON DOLO EVENTUAL SABE LO QUE HACE. V. ENTIERRO DE LA VÍCTIMA MIENTRAS AÚN ESTABA VIVA, CREYENDO EL SUJETO ACTIVO QUE HABÍA FALLECIDO. DOLO EVENTUAL REQUIERE UNA REPRESENTACIÓN EFECTIVA. NO BASTA UNA REPRESENTACIÓN POTENCIAL PARA TENER POR CONCURRENTES EL DOLO EVENTUAL.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de homicidio, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal. Defensa de condenada recurre de nulidad, la Corte Suprema acoge el recurso deducido y dicta sentencia de reemplazo.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (acogido)*

ROL: *2882-2017, de 13 de marzo de 2017*

PARTES: *Ministerio Público con María Molina Cabezas*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R. y Sr. Jorge Dahm O.*

DOCTRINA

- I. La jurisprudencia del Máximo Tribunal ha señalado que “el derecho a guardar silencio es renunciable, y si bien la presencia de un abogado defensor tiene por finalidad garantizar que la declaración se prestó de manera deliberada y consciente, esto es, que fue el fruto de una decisión libre e informada, no es la única forma como se puede demostrar aquello, pues su voluntad en*

el sentido indicado puede ser aclarada en la audiencia de juicio por otras vías”. También ha fallado que “si bien esta Corte... ha sostenido que ‘toda persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un delito, tiene derecho a designar a un abogado desde ese mismo momento, lo que debe ser realizado de manera efectiva, sin que se pueda practicar ningún acto procesal de la instrucción en que el imputado deba intervenir personalmente como tampoco ninguno de los actos o diligencias definitivos e irreproducibles si el abogado defensor no fue notificado previamente y asiste al mismo’, ha sido este mismo tribunal quien se ha encargado de dilucidar que dicha afirmación tiene cabida, ‘salvo que el propio imputado asienta a que esos actos se realicen sin la presencia del defensor’. / Esto es así, por cuanto en el nuevo proceso penal el imputado, esto es, una persona sindicada de cualquier forma como partícipe de un hecho punible, es, sin duda, un sujeto procesal, que ya no sólo es objeto de la investigación, sino que se encuentra dotado de derechos autónomos, tanto pasivos como activos, situándose dentro de los primeros el derecho a la información y a la no autoincriminación del cual surge la posibilidad de guardar silencio y, en los segundos, se ubican, entre otros, la garantía de ser oído en cualquier etapa del procedimiento, es decir, tener la posibilidad de hablar, sea para hacerse cargo de la imputación en su contra, negarla, matizarla o entregar información adicional, como lo sería la intervención de un partícipe o, incluso, para confesar la comisión del delito, pues... ‘de muy antiguo se ha reconocido el mecanismo de alivio psicológico que representa para el autor de un delito, en ocasiones abrumado por el remordimiento, reconocer su comisión’” (considerando 7° de la sentencia de nulidad).

En la especie, quedó establecido que desde el primer contacto que los funcionarios policiales tuvieron con la encartada le indicaron su calidad de imputada, que se estaba investigando la muerte de un sujeto determinado y se le informaron los derechos que tenía, principalmente el de conocer los hechos que se le están imputando, el de guardar silencio y el de contar a un abogado y declarar en presencia de éste, lo que consta en la declaración de la acusada, derechos que quedaron consignados en la propia acta de declaración voluntaria de imputado, que fue firmada por la encartada y donde estampó su firma. Cabe descartar, entonces, la vulneración de las garantías del artículo 19 N°. 3 y 7 letra f) de la Constitución y de los derechos del imputado previstos en el artículo 93 letras a), b) y g) del Código Procesal Penal (considerando 7° de la sentencia de nulidad).

- II. *El Código Procesal Penal no contempla ninguna norma que establezca un tratamiento especial para las personas que no sepan leer ni escribir. Además, consta que la policía le pidió a la encartada la referencia de alguna persona de su confianza para presenciar la declaración y así dar transparencia a la*

misma, por lo que se buscó a dicha persona, se le leyeron los derechos a la acusada en su presencia y firmó al final del acta junto a la encartada, sin existir ninguna infracción en dicho actuar por parte de las policías, siendo instruida específicamente sobre el derecho que le asistía de declarar ante un defensor, cuya presencia, a diferencia de lo que alega la defensa, no es un requisito de validez de dicha declaración, lo que no fue solicitado por la acusada, no estando facultados los funcionarios de impedir o limitar dicha declaración”. No se demostró en el juicio por la defensa el analfabetismo de la acusada, pero, por sobre ello, que tal circunstancia de por sí le impidiera comprender los derechos que los policías le informaron, y ejercerlos en consecuencia, sobre todo si antes de declarar se buscó a una persona de confianza de la acusada para que estuviera presente en la declaración, quien, o a través de quien, precisamente, podía solicitar absolver alguna duda sobre los derechos que se le comunicaron (considerando 9° de la sentencia de nulidad).

- III. *La jurisprudencia de la Corte Suprema ha sostenido que la demarcación entre dolo y culpa no presenta mayores dificultades cuando lo que se intente sea diferenciar al dolo directo –conocer y querer la realización del tipo– de la culpa –consciente o inconsciente–; mientras aquél expresa una voluntad dirigida contra los bienes jurídicos ajenos, la culpa es expresiva de una escasa consideración –falta de respeto– para con dichos bienes, en el sentido que el autor, bien no se molesta en pensar el peligro que para ellos puede suponer su conducta –culpa inconsciente–, bien limitándose a pensar en dicho peligro, continúa su acción con ligereza –culpa consciente–. En estos casos, de todos modos, el autor no quiere –ni acepta como inevitable– la violación de la norma contenida en el tipo penal. El querer o no querer la realización del tipo se presenta, así, como la única frontera admisible entre el dolo y la imprudencia, respectivamente. No obstante, esa delimitación, marcada por el querer o no querer, no es útil cuando se está ante la situación en que el agente no busca el resultado como meta de su acción –dolo directo–, ni sabe que alcanzar la meta de su acción importa necesariamente, con seguridad, la producción de otro resultado que inclusive puede no desear –dolo directo de segundo grado o de consecuencias seguras–, sino, representándose como posible la realización del tipo –lo que también concurre en la imprudencia– se añade un plus de gravedad del ilícito debido a una decisión más grave del autor frente a la realización del tipo, plus que en definitiva permita afirmar que la concreción del tipo ha sido incluida en o abarcada por la voluntad de realización del agente y de algún modo querida por él. Esa última categoría corresponde al dolo eventual, que algunos autores alemanes llaman “dolo condicionado”, la que se presenta cuando las consecuencias lesivas inherentes a un determinado comportamiento doloso, aparecen, en una perspectiva “ex ante”, como meramente posibles, no como un evento seguro, habiéndose*

representado el sujeto su probable ocurrencia y seguido adelante con su acción, no importándole lo que ocurra (considerando 16° de la sentencia de nulidad).

- IV. *Para la representación necesaria para configurar el dolo eventual no basta con asentar que la encartada “pudo” haberse representado la supervivencia del acusado o que “no pudo sino haberlo hecho” atendidas las circunstancias particulares a las que se enfrentó, pues en estos últimos casos no se efectúa un reproche por haber actuado no obstante haber sabido o previsto que una de las posibilidades de su obrar sería ocasionar la muerte de una persona –lo que conllevaría, en este caso particular, necesariamente aceptar ese aciago devenir–, sino lo que se reprocha es el fallar en prever ese resultado mortal como consecuencia de su actuar, propio de la culpa inconsciente. En ese orden de ideas, el sujeto que actúa con dolo eventual, a diferencia del sujeto imprudente, “sabe lo que hace” y, siendo consciente del grado de peligro que su comportamiento lleva implícito para un bien jurídico, bien por indiferencia, bien por desprecio hacia ese bien jurídico, o bien sin albergar ningún tipo de sentimiento negativo respecto a ese bien jurídico, sigue actuando, decide seguir adelante su comportamiento, anteponiendo sus intereses a la integridad del bien jurídico que con su hacer amenaza. Este seguir actuando, anteponiendo los intereses del sujeto a la integridad del bien jurídico, es la “decisión en contra del bien jurídico”, que constituye el verdadero núcleo del dolo –Díaz Pita–. En el mismo sentido, se sostiene –Philipps– que uno de los presupuestos fundamentales del dolo es “La consciencia del sujeto de todas las alternativas posibles”, de modo que, si falta este presupuesto, u otro de los que el autor citado menciona, el dolo quedará excluido. Sólo se acepta la imputación a título de dolo eventual, agrega, en aquellos casos en los que “se dan presupuestos fácticos y normativos que indican que el sujeto se encontraba en una situación en la que podía decidir entre varias alternativas de comportamiento en el momento de llevar a cabo la acción” (considerando 20° de la sentencia de nulidad).*
- V. *La aseveración de que el agente haya debido representarse las consecuencias que podían producir ciertas acciones, implica sostener la previsibilidad del resultado ocurrido, no su auténtica previsión en el caso concreto; esta fundamentación basta para condenar a título de culpa inconsciente, jamás para estructurar el dolo eventual. De conformidad a las circunstancias de hecho fijadas en el fallo y las conclusiones que de ellas han derivado los sentenciadores, no dan cuenta de que la acusada al colaborar o participar del entierro del ofendido –mientras aún se hallaba con vida– haya actuado con dolo eventual, al no establecer por concurrente una representación efectiva, y no sólo potencial, del posible resultado típico más grave de su actuar ilícito –la muerte del ofendido en vez de la mera inhumación ilegal*

de un fallecido—, y su ratificación posterior, por lo que únicamente puede ser sancionada a título culposo —como lo persigue el recurrente—, conforme a la figura de imprudencia temeraria del artículo 490 N° 1 del Código Penal, por lo que los jueces del grado han incurrido en error en la aplicación de la norma recién citada como así de aquella que tipifica el delito de homicidio al calificar de esta forma los hechos objeto de la condena. Dicho de otro modo, la acusada cometió un error de tipo excluyente del dolo del homicidio al creer que al enterrar al ofendido éste ya se encontraba muerto, error que por ser vencible conlleva que la conducta deba ser sancionada sólo a título culposo conforme a la figura de imprudencia temeraria del artículo 490 N° 1 del Código Penal (considerandos 28° de la sentencia de nulidad y 1° y 2° de la sentencia de reemplazo).

Cita online: CL/JUR/849/2017

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 19 N°. 3 y 7 de la Constitución Política de la República; 391 N° 2, 490 N° 1 del Código Penal; 93 letras a), b) y g) del Código Procesal Penal.

DELIMITACIÓN ENTRE DOLO Y CULPA

NICOLÁS ACEVEDO VEGA
Universidad de Chile

La delimitación entre dolo y culpa constituye el objeto de una de las principales discusiones que han tenido lugar en la dogmática penal. Parte importante de la controversia se debe al importante influjo que ha tenido en la doctrina¹, y en particular en nuestro medio, la noción psicológica del dolo. Estas temáticas son fruto de un pormenorizado análisis por parte de nuestra Corte Suprema, en la sentencia rol N° 2882-2017, de 13 de marzo de 2017. La extensión de la argumentación debe ser, sin duda, resaltada positivamente. Cuestión distinta a analizar es si la Corte realiza una adecuada aplicación de las categorías dogmáticas pertinentes, lo que constituye el principal objeto de este trabajo.

El razonamiento de la Corte se estructura en torno a un voto de mayoría, que acoge el recurso de nulidad interpuesto en contra del fallo impugnado, y de un voto de minoría, redactado por el Ministro Sr. Milton Juica, que se inclina por rechazar el recurso de nulidad. Los hechos acreditados son los siguientes: el día 20 de marzo

¹ Véase, al respecto: RAGUÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona, 1999), pp. 55 y ss.

de 2015 la víctima, Inostroza Paredes, de 66 años, llegó en la tarde al inmueble de la acusada Molina Cabezas, quien se encontraba en compañía de un tercero. Los tres comenzaron a beber alcohol. El tercero decidió arrojarle una jarra de agua a Inostroza, quien se había dormido, y luego lo empujó, desestabilizándose éste y cayendo fuera de la casa, quedando finalmente tendido en el suelo. En la mañana del día siguiente, el tercero se despertó y observó que la víctima se encontraba en el mismo lugar donde lo habían dejado, percatándose que su cuerpo estaba frío. Luego de que el tercero lo tocara nuevamente, percatándose que Inostroza seguía frío, la acusada Molina le facilita una pala para enterrarlo. Ambos procedieron así a enterrar a Inostroza en el terreno, para después huir del lugar. La víctima, sin embargo, se encontraba aún viva, tragando por vía aérea arena y cal, lo que finalmente le provocó la muerte. Los hechos fueron calificados por el tribunal como constitutivos del delito de homicidio simple, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal (CP).

El recurso de nulidad interpuesto por la defensa de Molina se fundó, como es habitual, en consideraciones procesales y sustantivas. Respecto a las primeras, el recurso se basó en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal (CPP) en relación al artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, esto es, la infracción del debido proceso y, en particular, el derecho a ser asistido por un abogado defensor. El argumento principal consistió en que la acusada fue trasladada al cuartel policial, prestando una declaración autoincriminatoria, durante considerable tiempo, no siendo debidamente asesorada por un abogado defensor, pese a tener el carácter de analfabeta. Una segunda consideración de tipo procesal se vincula a la causal del artículo 374 letra e), en relación a la letra d) del artículo 342 CPP, esto es, omisión de las razones legales y doctrinales para calificar los hechos. La Corte desechó correctamente estas consideraciones, señalando, respecto a la primera causal, que los derechos a ser asistido por un abogado defensor y guardar silencio son renunciables. La acusada habría sido instruida sobre su derecho a declarar y a ser asistida por un abogado defensor, no demostrándose que el analfabetismo le hubiera impedido entender los derechos a los que estaba renunciando. Respecto a la causal prevista en el artículo 374 letra e), la Corte entiende que tampoco concurre, toda vez que la sentencia invoca razones legales y doctrinales para fundar sus afirmaciones, sin ser esta causal la adecuada para estudiar la corrección de las mismas. Por otra parte, el argumento de tipo sustancial esgrimido por el recurrente para impugnar el fallo, y que es de particular importancia para nosotros, se funda en una errónea aplicación del derecho que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 373 letra b) CPP). Conforme al recurrente, el dolo debe ser probado, aunque sea indiciariamente. Sin embargo, todos los antecedentes establecidos permitirían descartar un dolo homicida, incluyendo un dolo *eventual*. Esta cuestión se contrapondría a lo resuelto por el fallo, en orden a condenar a la acusada por homicidio doloso. En efecto, para el Tribunal, la víctima no presentaba ninguna

lesión que permitiere inferir que aquélla había fallecido. Así, la conclusión a la que habría llegado la acusada se fundaría en el solo hecho de haber transcurrido varias horas, encontrándose la víctima en la intemperie, y presentando su cuerpo una baja temperatura. En opinión del Tribunal, la muerte de la víctima –aquella que fue erróneamente apreciada– podría haberse fácilmente descartado de haberse verificado la respiración, y haberse considerado que la inconsciencia se debía al consumo de alcohol. Lo anterior, permitiría entender que el hecho fue realizado con dolo eventual, entendiendo por éste los casos en los que “*el resultado de la muerte se haya previsto como posible y se haya aceptado, no importándole al hechor que ocurra*” (considerando 12º). Estos argumentos son rechazados por el recurrente, quien señala que lo afirmado por el Tribunal permite únicamente reprochar a la acusada una falta de diligencia –constitutiva de culpa– en la constatación de la efectiva muerte de la víctima, antes de su inhumación, la que tenía por finalidad colaborar con el encubrimiento de su muerte. Por tal razón, sólo podría dirigirse en contra de la acusada un reproche por cuasidelito de homicidio, y no de homicidio simple doloso.

La Corte, para comenzar su análisis, hace uso de un nutrido conjunto de citas doctrinarias, así como de fallos previos del mismo tribunal. La teoría a la que hace referencia la Corte, reconociéndola como la doctrina dominante, corresponde a la *teoría del consentimiento*. Dicha teoría deberíamos insertarla, estructuralmente, dentro de la controversia entre la opción por una *teoría volitiva* del dolo –que intenta interpretar el dolo como realización voluntaria o intencionada del tipo penal– o bien, por una *teoría cognitiva* del mismo –que interpreta el dolo como conocimiento de los elementos objetivos exigidos por el tipo. La *teoría de la voluntad* tiene, dentro de sus variantes más importantes, la *teoría del consentimiento* o *de la aceptación*, que busca desentrañar el contenido volitivo del dolo eventual a través de la actitud o disposición manifestada por el autor frente al resultado. Así, la teoría del consentimiento postula que en el dolo eventual el resultado se “*representa mentalmente como una posibilidad, aceptando su ocurrencia*” (considerando 17º). La Corte señala que la zona incierta se produce sólo entre el dolo *eventual* y la culpa *consciente*. Sin embargo, habiéndose inclinado, al menos indirectamente, por la teoría del consentimiento, la Corte introduce un criterio cognitivo. El criterio cognitivo para deslindar la conducta dolosa de la imprudente, según el máximo tribunal, correspondería a la existencia o no de representación del resultado antijurídico.

Parece difícil afirmar que la *teoría cognitiva* pueda conciliarse con lo postulado por la *teoría del consentimiento*, toda vez que ambas defienden criterios contradictorios. Para las *teorías cognitivas*, lo que permite diferenciar al dolo de la culpa es la conciencia de las circunstancias fácticas que constituyen el tipo penal. En cambio, las *teorías del consentimiento* expresan que la conciencia de dichas circunstancias es común al dolo eventual y la culpa consciente, siendo la

actitud emocional manifestada por el autor, lo que permitiría deslindar el dolo eventual de la imprudencia. Habiendo introducido el correctivo cognitivo, la Corte descarta –antes de pronunciarse sobre su calificación de los hechos– la imprudencia consciente en el caso *sub lite*, toda vez que si la acusada enterró a la víctima, estando consciente la posibilidad de que ella estuviera viva, la conclusión necesariamente sería afirmar el dolo eventual. Esto debido a que, en palabras del máximo tribunal, “*en ese contexto la imputada no tenía otra alternativa que no importara aceptar el resultado, que abstenerse de enterrarlo*” (considerando 19°). En otras palabras, la Corte sostiene que, de haberse representado la acusada que la víctima estaba viva, su entierro necesariamente habría importado aceptación de su muerte. Lo anterior significaría excluir en el presente caso la posibilidad de concurrir *culpa consciente*. Por lo tanto –encontrándose descartada toda voluntariedad constitutiva de *dolo directo*–, las opciones para calificar los hechos serían dos: *dolo eventual* o *culpa inconsciente*. En mi opinión, este razonamiento reafirma la confusión entre los postulados de la teoría del consentimiento y la teoría cognitiva. Si el criterio para afirmar la existencia de dolo es la representación de las circunstancias, ello implica descartar toda fórmula pseudo-volitiva implicada en la idea de *aceptación* del resultado. Si, en cambio, el criterio es *la aceptación* del resultado, entonces, debe demostrarse que la acusada expresó, mediante su actuar, una actitud indiferente² frente a la producción del mismo. Ahora bien, no es claro que esta actitud de indiferencia se hubiera manifestado, toda vez que la acusada podría haberse representado la posibilidad de supervivencia y, al mismo tiempo, confiar en que ésta no concurre en el caso, tal como afirman algunos partidarios de la teoría del consentimiento³, cuando recurren a la idea de la confianza en la no realización del tipo.

Luego, la Corte se centra en determinar si la exigencia de representación del resultado típico requiere ser efectiva o basta con la posibilidad elevada de previsión. A este respecto, el máximo tribunal sostiene que el fallo impugnado realiza un reproche por haber fallado en la previsión del resultado. Pues bien, a juicio de la Corte, ello implica que la acusada no habría actuado con una representación efectiva de las circunstancias típicas, lo que importaría una actuación culposa. La representación, de acuerdo a esto, es un elemento cognitivo insoslayable para la concurrencia del dolo eventual, y ausente en la culpa inconsciente. Los magistrados le habrían reprochado a la acusada no haber revisado al ofendido o no haber instado a que su acompañante lo hiciera, para advertir que la caída sufrida por la víctima no tenía la gravedad suficiente para causar la muerte. La Corte sostiene que en ningún momento el fallo afirma que, de haber revisado a la víctima, lo habría enterrado igualmente, sino que

² ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, Parte General, Tomo I (Santiago, 1999), p. 297.

³ Véase al respecto: RAGUÉS, ob. cit., p. 97.

sólo se censura la falta de revisión del mismo. En este respecto, la Corte retoma la teoría del consentimiento para señalar que no podría *acceptarse* la muerte de la víctima si la persona no se la representó. Lo anterior sólo podría constituir la infracción de un deber de cuidado, constitutiva de imprudencia temeraria del artículo 490 N° 1 del CP. Como consecuencia de tal razonamiento, la Corte ordena revocar el fallo del tribunal, dictando así una sentencia de reemplazo en la que, siguiendo a Cury, se expresa que la previsibilidad del resultado —y no su auténtica previsión— sólo puede justificar una imputación por imprudencia, por existir un error de tipo vencible.

El razonamiento de la Corte, a mi juicio, a pesar de inclinarse por la teoría del consentimiento, termina acercándose a la *teoría de la representación*. De acuerdo con ella, actúa con dolo *eventual* quien actúa con representación del posible resultado, de forma que todo el ámbito de duda pertenece al dolo. Este razonamiento permite —a pesar de mantener la idea del dolo como una representación mental del individuo— avanzar hacia una objetivación del dolo. Asumiendo entonces que la teoría que está siendo usada es la teoría de la *representación*, cabe preguntarse si en este caso la persona actuó con conocimiento del riesgo concreto de producción del resultado típico. Y precisamente en este caso no es claro que el sujeto haya actuado con conocimiento de dicho riesgo, toda vez que el acto de entierro suponía erróneamente la muerte de la víctima, lo que implica un muy bajo riesgo de conocimiento del resultado típico —la conciencia de la vida de la víctima. Se trataría de una eliminación mental de la representación de la posibilidad de realización del tipo, donde falta el conocimiento de la concreta posibilidad de acaecimiento del resultado. Ahora bien, la *teoría de la representación* pareciera estar también presente en el razonamiento del voto de minoría. Este voto indica que, al no poder probarse directamente el dolo, el tribunal de forma prudente manifestó que ello se había probado indirectamente, pues la acusada podría haberse representado el resultado mediante un “*juicio de inferencia*”. Cabe preguntarse, sin embargo, si ese juicio de inferencia es lo suficientemente decisivo para abstenerse de realizar la conducta objetiva de homicidio. El voto de minoría entiende que es válido para imputar una realización dolosa de homicidio. Ahora bien, a mi juicio, una aproximación radicalmente *cognitiva* del dolo permite resolver de forma más acertada este tipo de casos. En efecto, es prácticamente imposible acreditar si la persona, en su mente, se representó una determinada circunstancia. Lo fundamental es si las circunstancias que formaban parte de la conciencia del autor del delito eran circunstancias que conducen, con una probabilidad relevante para la decisión de un destinatario fiel a la norma, a la realización del tipo penal⁴. Sólo así, el sujeto se encuentra

⁴ KINDHÄUSER, Urs, ¿Indiferencia como dolo?, en *Cuestiones actuales del derecho penal general y patrimonial* (Lima, 2005), p. 49.

en posición de formarse una intención de evitar la realización del tipo. Y eso, a mi juicio, debiera ser excluido. Circunstancias tales como una baja temperatura corporal e inconciencia, si bien no son privativas de la condición de muerto, no permitieron a la acusada apreciar las circunstancias fácticas que sí se asocian, de forma decisoriamente relevante, a la realización del tipo de homicidio. En particular, los signos vitales son circunstancias que irreflexivamente asociamos a quien está consciente y tiene movilidad, y que, en este caso, no formaban parte de la conciencia actual del sujeto. Siendo esto así, existe un error de tipo excluyente del dolo, toda vez que la acusada no se representó las circunstancias constitutivas del tipo de homicidio, sino sólo de inhumación ilegal. Existiendo error de tipo, es perfectamente posible imputarle el error a la misma acusada, quien no realizó las actividades de verificación mínimas para corroborar los signos vitales de una persona. Y ello determina que su incapacidad cognitiva para evitar la realización de la conducta típica es imputable al incumplimiento de un deber de previsión, lo que implica, necesariamente, un homicidio imprudente, por culpa con previsión, en concurso ideal con una tentativa –inidónea, impune conforme a nuestra doctrina– de inhumación ilegal. Bajo esta interpretación, lo relevante para diferenciar la culpa consciente de la inconsciente no es la representación de las circunstancias típicas, sino el incumplimiento inmediatamente anterior⁵ de un deber de previsión.

En razón de lo anterior, me atrevería a señalar que la decisión de la Corte es acertada, al menos en cuanto al reproche a título de culpa y no de dolo eventual. Sin embargo, parte de una premisa incierta –la teoría volitiva– que luego es combinada con criterios propios de la teoría de la representación, lo que parece reflejar una cierta dubitación en torno al criterio correcto para determinar el concepto de dolo.

⁵ MAÑALICH, Juan Pablo, La imprudencia como estructura de imputación, en *Revista de Ciencias Penales* 12, 3 (2015), p. 33.

CORTE SUPREMA:

I. SENTENCIA DE NULIDAD PENAL

Santiago, trece de marzo de dos mil diecisiete.

VISTOS:

En esta causa RUC N° 1510010840-K y RIT N° 136-2016 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, por sentencia de nueve de enero de dos mil diecisiete, se condenó a María Audolia Molina Cabezas en calidad de autora del delito de homicidio, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, cometido en la persona de Segundo Arístides Inostroza Paredes, el día 21 de marzo de 2015 en la Comuna de El Tabo, a la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, sin costas.

En contra de esa decisión la defensa de la acusada interpuso recurso de nulidad, el que se estimó admisible por este tribunal y fue conocido en la audiencia pública del día 21 de febrero recién pasado, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso se funda, de manera principal, en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en atención a que durante la sustanciación de la presente causa se ha vulnerado en su esencia el principio del debido proceso y el derecho irrenunciable de la acusada de ser asistida por un

abogado defensor, garantizados en los artículos 19 N° 3, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, en relación a los artículos 91, 93 letras b) y g), 102, 103 y 194 del Código Procesal Penal, afectándose además el derecho a la libertad ambulatoria y la seguridad individual, consagrado en el artículo 19 N° 7, letras a) y b), de la Constitución Política de la República, el derecho a guardar silencio y, consecuentemente con ello, el derecho a no autoincriminarse reconocido en el artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal.

El recurso expone primero los siguientes antecedentes de hecho: 1) Que el día 20 de marzo de 2015 fue hallado el cuerpo de una persona fallecida enterrado en un terreno ubicado en la comuna de El Tabo; 2) Que en virtud de antecedentes recopilados por la policía durante la investigación, se pudo determinar que la acusada transitaba constantemente con la persona fallecida; 3) Luego de aquello, la policía interceptó el teléfono de la acusada logrando establecer que se encontraba en la comuna de Paine; 4) Una vez que se obtiene la ubicación de la imputada, el Ministerio Público emite una instrucción particular ordenando que se le tome declaración; 5) Tres funcionarios de la Brigada de Homicidios de San Antonio van en busca de la imputada a la comuna de Paine y la encuentran en el domicilio de una persona conocida de aquélla alrededor de las 15 horas del día 21 de septiembre de 2015, le explican los motivos de su presencia, la orden del fiscal y la trasladan al cuartel policial; 6) Una vez que la trasladan al

cuartel policial, le toman declaración a la imputada pero previo a ello ésta les comunica a los funcionarios de la Brigada de Homicidios que ella no sabía leer ni escribir, por lo que los funcionarios policiales se contactan con una supuesta amiga que residía en la comuna de Paine, quien firma la declaración de la acusada luego de que la declaración es prestada, sin intentar contactar al defensor de turno; 7) La declaración que presta la imputada fue de carácter inculpativa; 8) El defensor público de turno de la comuna de San Antonio es informado de dicha declaración a eso de la 1 de la madrugada del día 22 de septiembre de 2015, luego de lo cual se intenta comunicar con el fiscal a cargo de la investigación, quien acto seguido deja constancia en un correo electrónico que el defensor de turno le solicitó la copia de la carpeta investigativa, no obstante, el fiscal indica que no es posible cumplir con ese requerimiento por ser altas horas de la noche, sin perjuicio de ello, expresa que autoriza la entrevista de la imputada con su abogado defensor, cuestión que se concretó esa misma noche, momento en el cual el letrado toma conocimiento de que la acusada ya había prestado declaración.

Explica que en virtud de lo anterior, la defensa, desde la fecha del control de la detención de la imputada hasta la audiencia de juicio oral, dedujo los incidentes y alegaciones pertinentes que decían relación con la infracción de garantías fundamentales, ya mencionadas en el acápite primero de este libelo, esto es, la infracción evidente y grave del derecho de la acusada al

debido proceso, en su dimensión del derecho de defensa, a ser asistida por un abogado desde los actos iniciales de la investigación, su derecho a guardar silencio y consecuentemente con ello a no autoincriminarse (policía no llama a defensor conociendo la calidad de la imputada). Además, en la audiencia de preparación de juicio oral también se solicitó la exclusión de las declaraciones de los funcionarios policiales que presenciaron el testimonio de la imputada, por cuanto su detención fue ilegal, argumentando que no fue trasladada voluntariamente, despachándose la orden de detención por el Tribunal de Garantía de San Antonio recién a las 19:51 hrs. del mismo día 21 del mes de septiembre de 2015, no dejando constancia del traslado voluntario de la imputada ni tampoco de su lectura de derechos. Lo anterior evidencia que la imputada estuvo detenida, sin tener orden de detención, casi cinco horas, desde que la trasladan al cuartel policial hasta que efectivamente se emite la orden.

Expresa a continuación que, luego de analizar la prueba rendida en el juicio, el fallo concluye que ambos policías le informaron a la acusada el motivo de su presencia, el contenido de la instrucción particular y si es que quería prestar declaración, pero en ningún caso indica que se le haya dado lectura a sus derechos, su derecho a guardar silencio, no autoincriminarse, y a contar con la asesoría de un abogado desde ese mismo minuto, que estaba en condiciones de negarse a declarar, que todo lo que dijera podría ser ocupado en su contra, la pena asignada al delito,

las consecuencias reales y efectivas de su declaración y que no había ninguna orden del juez que la obligara a declarar ni a trasladarse al cuartel policial.

A pesar de todas las contradicciones e inconsistencia en cuanto al registro de las diligencias más relevantes y necesarias de la investigación, a pesar de que no se cumplió con la obligación del ente persecutor de garantizar un proceso justo, objetivo y con plena observancia de las garantías fundamentales, el Tribunal Oral en lo Penal condena a la imputada a sufrir la pena de 8 años de presidio mayor en su grado mínimo, sin tener en cuenta el tribunal su calidad de analfabeta, calidad que sólo fue cuestionada en audiencia de juicio oral, calidad que no es necesario acreditar en este caso y mucho menos demostrar que el analfabetismo sea una condición que implique un algún tipo de discapacidad o dificultad cognitiva para la imputada, porque, por una parte, el ente persecutor es quien debe acreditar que dicha condición no fue un impedimento para que “entendiera sus derechos” y, por otro lado, el constar que una persona no sabe leer ni escribir basta para entender que se encuentra en una situación de desigualdad y que dicha condición es capaz de limitar el entendimiento de un texto escrito, incluso el más puro y simple, del que le es imposible saber su contenido, entendiéndose que esto es parte del criterio que debe ser utilizado en la valoración de la prueba conforme a las máximas de la experiencia.

Segundo: Que, en subsidio de la anterior, se aduce la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal,

en relación a la letra d) del artículo 342 del mismo código, por haber omitido la sentencia las razones legales o doctrinales que sirvieron para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo en relación a la desestimación de la culpa.

Refiere el arbitrio que los sentenciadores, en el considerando décimo primero de su fallo, no expusieron las consideraciones que tuvieron a la vista para descartar las alegaciones de la defensa que instaban a recalificar el delito de homicidio objeto de la acusación por el de cuasidelito de homicidio. El tribunal se limita a señalar cuáles son los fundamentos para considerar que, en cuanto al elemento subjetivo del tipo penal, la acusada actuó con dolo eventual.

La teoría del caso de la defensa, con respecto a este punto, se integró básicamente por la falta de representación de la imputada del resultado del tipo delictivo, y esto porque de acuerdo a los antecedentes que se incorporaron en Juicio Oral, la única prueba de cargo y esencial para determinar la participación de la imputada fue su propia declaración, la que indicaba a todas luces que la intención nunca fue enterrar a una persona viva a fin de causar su muerte. De hecho, gran parte de los hechos establecidos son hechos relatados por la supuesta declaración de la acusada. De ahí que, si la única prueba con la que contaba el tribunal para declarar culpable del delito a la acusada fue su propia declaración, igualmente resultaba útil para tener por establecido que el día de los hechos la acusada pensó que, la

persona a la que supuestamente habría enterrado, estaba fallecida.

Tercero: Que, en subsidio de las dos anteriores, el recurso también alega la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por errónea aplicación del derecho.

Expresa que los hechos establecidos en el fallo fueron calificados erróneamente como homicidio doloso, porque para condenar, el tribunal tendrá que tener por probados todos los hechos que sirvan de base para la calificación respectiva. En dicho sentido, los hechos probados no sólo tienen que permitir configurar los elementos objetivos del tipo, sino que aún más importante, también los elementos subjetivos, puesto que precisamente éstos le dan sentido a la acción desplegada y permiten el reproche respectivo. Añade que los elementos objetivos del tipo ni siquiera fueron discutidos por la defensa, pues se asumió desde un principio que la acusada contribuyó a causar la muerte de la víctima. Sí, en cambio, se controversió la concurrencia del dolo homicida, puesto que, tal como fueron asentados los hechos, la conducta de la imputada sólo puede ser calificada como homicidio culposo.

En este sentido, continúa el recurso, tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo que el tipo subjetivo también constituye un hecho, que, aunque de carácter psicológico, debe ser probado, a lo menos indiciariamente. En el caso de que se trata, todos los hechos establecidos permiten descartar un dolo homicida, aun a título eventual, pues claramente, lo único que se pue-

de reprochar a la acusada fue la falta de diligencia en la constatación de la efectiva muerte de la víctima, antes de su inhumación, la que, por cierto, tenía como única finalidad, colaborar con el encubrimiento de su muerte.

Agrega que de los hechos fijados en el fallo se desprende que la colaboración de la acusada consistió básicamente en facilitar una pala y la cal y arrastrar el cuerpo a la fosa. Por el contrario, todas las demás conductas estuvieron destinadas a verificar la muerte de la víctima. En consecuencia, los hechos, como quedaron establecidos, en ningún caso permiten concluir el dolo homicida, ni aun a título eventual, por lo que su conducta ha sido calificada erróneamente como homicidio simple doloso, siendo la calificación correcta el homicidio a título de culpa.

Cuarto: Que, al concluir, el recurrente formula una petición única a todas las causales deducidas, de anular la sentencia definitiva y el juicio oral, y disponer la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida para que se verifique un nuevo juicio oral ante el Tribunal no inhabilitado que corresponda.

Quinto: Que la sentencia impugnada, en su considerando 9º, da por establecidos los siguientes hechos: “Con fecha 20 de marzo del año 2015, luego que la víctima Segundo Arístides Inostroza Paredes se pagó de su jubilación, llegó en horas de la tarde hasta el inmueble donde se encontraba la acusada María Molina Cabezas y un tercero, ubicado en San Carlos Alto S/N, El Tabo, donde se reunieron a beber alcohol. Una vez que la víctima se quedó dormida, por su in-

gesta de alcohol, el tercero le arrojó una jarra de agua, reaccionando la víctima la cual luego es empujada por el tercero, desestabilizándose y cayendo fuera de la casa quedando tendido en aquel lugar.

En horas de la mañana, del día 21 de marzo del año 2015, el tercero se despierta y observa que la víctima Inostroza Paredes se encontraba en el mismo lugar donde lo habían dejado, percatándose que estaba frío, diciéndole la acusada al tercero que lo traslade al sol. Luego de aquello el tercero lo toca nuevamente y al mantenerse aún frío, acuerdan enterrarlo en un terreno colindante. La acusada Molina Cabezas le facilita una pala al tercero para efectuar una fosa. Éste la realiza, toma una frazada y luego ambos arrastran a la víctima hasta la fosa que había cavado éste, tirando boca abajo a la víctima, enterrándolo en estas circunstancias en el referido lugar. La acusada Molina Cabezas proporciona cal al tercero para esparcirla en el lugar donde enterraron al afectado, para evitar la emanación de fenómenos cadavéricos y luego hacen abandono del lugar huyendo del mismo.

La víctima Inostroza Paredes, aún con vida, tragó por vía aérea, elementos extraños que se encontraban en el lugar, como arena y cal, a raíz de estas circunstancias e imposibilidad que éste tuvo de salir del lugar y por la acción directa e inmediata que realizó la acusada Molina Cabezas y el tercero, le ocasionaron la muerte, la cual corresponde a sofocación por elementos extraños, en la vía aérea y digestiva”.

Estos hechos fueron calificados como delito de homicidio simple, pre-

visto y sancionado en el artículo 390 N° 2 del Código Penal.

Sexto: Que en relación a la causal principal del arbitrio, fundada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, a continuación se analizará una a una las objeciones que la sostienen, para demostrar que todas ellas se apartan de los hechos asentados por el fallo, y a los cuales debe estarse esta Corte al no haberse alegado que al exponer la valoración de la prueba mediante la cual fueron establecidos, la sentencia haya vulnerado alguna norma de aquellas que regulan tal actividad jurisdiccional.

Séptimo: Que, en ese orden, como primera cuestión se esgrime por el recurso que se vulneró el derecho de la acusada a ser asistida por un abogado defensor desde los primeros actos de la investigación, sin embargo, en el motivo 14° del fallo se da por cierto que “desde el primer contacto que los funcionarios policiales tuvieron con la encartada le indicaron su calidad de imputada, que se estaba investigando la muerte de Inostroza Paredes, y se le informaron los derechos que ésta tenía, principalmente el de conocer los hechos que se le están imputando, el de guardar silencio y el de contar a un abogado y declarar en presencia de éste, lo que consta en la declaración de Gajardo Sepúlveda, derechos que quedaron consignados en la propia acta de declaración voluntaria de imputado, que fue firmada por la encartada y estampó su firma...”

En consecuencia, tratándose de una persona adulta, la presencia del defensor no es obligatoria, bastando que se le

haya informado a la acusada que tenía el derecho de poder contar con un defensor, sin que ésta lo haya requerido, por el contrario, se pudo determinar que se le informó de dicha situación y aun así estuvo dispuesto a prestar declaración, todo con la autorización del fiscal de la causa, sin previo juramento y con pleno conocimiento de sus derechos, sin que haya existido, en consecuencia una infracción a los artículos 19 N° 3 y 7 letra f) de la Constitución Política de la República en relación a los artículos 8, 91, 93 letra a), b) y g), 195 y 196 del Código Procesal Penal ni a las normas contenidas en los tratados internacionales vigentes señalados por la defensa”.

Sobre este asunto, esta Corte ya ha tenido oportunidad de señalar que “el derecho a guardar silencio es renunciabile, y si bien la presencia de un abogado defensor tiene por finalidad garantizar que la declaración se prestó de manera deliberada y consciente, esto es, que fue el fruto de una decisión libre e informada, no es la única forma como se puede demostrar aquello, pues su voluntad en el sentido indicado puede ser aclarada en la audiencia de juicio por otras vías” (SCS rol N° 65-2014 de 20 de febrero de 2014). Este criterio se ha sostenido por esta Corte también en las sentencias dictadas en las causas rol N° 2095-2011 de 2 de mayo de 2011, rol N° 11482-2013 de 31 de diciembre de 2013, rol N° 12494-2013 de 7 de enero de 2014 y rol N° 4363-2013 de 14 de agosto de 2013, siendo muy ilustrativo lo que se expresa en la primera de ellas, en orden a que “... es del caso precisar que si bien esta Corte, en los dos fallos citados por

las defensas en sus respectivos libelos (roles N°s. 9758-09 y 4001-10) ha sostenido que ‘toda persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un delito, tiene derecho a designar a un abogado desde ese mismo momento, lo que debe ser realizado de manera efectiva, sin que se pueda practicar ningún acto procesal de la instrucción en que el imputado deba intervenir personalmente como tampoco ninguno de los actos o diligencias definitivos e irreproducibles si el abogado defensor no fue notificado previamente y asiste al mismo’, ha sido este mismo tribunal quien se ha encargado de dilucidar que dicha afirmación tiene cabida, ‘salvo que el propio imputado asienta a que esos actos se realicen sin la presencia del defensor’.

Esto es así, por cuanto en el nuevo proceso penal el imputado, esto es, una persona sindicada de cualquier forma como partícipe de un hecho punible, es, sin duda, un sujeto procesal, que ya no sólo es objeto de la investigación sino que se encuentra dotado de derechos autónomos, tanto pasivos como activos, situándose dentro de los primeros, el derecho a la información y a la no autoincriminación del cual surge la posibilidad de guardar silencio y, en los segundos, se ubican, entre otros, la garantía de ser oído en cualquier etapa del procedimiento, es decir, tener la posibilidad de hablar, sea para hacerse cargo de la imputación en su contra, negarla, matizarla o entregar información adicional, como lo sería la intervención de un partícipe, o incluso, para confesar la comisión del delito, pues tal como lo

plantea el profesor Tavolari, ‘de muy antiguo se ha reconocido el mecanismo de alivio psicológico que representa para el autor de un delito, en ocasiones abrumado por el remordimiento, reconocer su comisión’ (Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p. 169)”.

De esa manera, habiéndose asentado la renuncia voluntaria de la acusada a su derecho a la asistencia letrada al momento de prestar declaración ante los funcionarios policiales, esta alegación deberá ser desestimada.

Octavo: Que, engarzado a lo anterior, afirma el recurrente que la confesión llevada a cabo ante los funcionarios policiales se habría desarrollado sin previa información de sus derechos y sin que ello conste en acta.

Al respecto, como ya se dijo, el tribunal estableció en el razonamiento 14° de su fallo que “desde el primer contacto que los funcionarios policiales tuvieron con la encartada le indicaron su calidad de imputada, que se estaba investigando la muerte de Inostroza Paredes, y se le informaron los derechos que ésta tenía, principalmente el de conocer los hechos que se le están imputando, el de guardar silencio y el de contar a un abogado y declarar en presencia de éste, lo que consta en la declaración de Gajardo Sepúlveda, derechos que quedaron consignados en la propia acta de declaración voluntaria de imputado, que fue firmada por la encartada y estampó su firma...”

También alega la defensa, en este tópico, que no se elaboró un acta de lectura de derechos de la acusada en el

momento en que toman contacto con ésta, antes de ser trasladada a la Bicrim, respecto de lo cual, si bien los funcionarios Peña y Gajardo, señalan que se le indicaron sus derechos en ese momento, existe una contradicción entre ambos relatos, toda vez que Peña refiere que no se elaboró y Gajardo que sí se hizo, estimando estos sentenciadores, que si bien no ha quedado claro si se hizo en ese momento el acta respectiva, sí consta que en la propia declaración se dejó constancia de la información de derechos, relatando ambos testigos que se le informaron en reiteradas ocasiones, no existiendo, en consecuencia, algún vicio que obligue a este tribunal a no valorar la declaración prestada por la acusada”.

Atendido que lo postulado por el recurso contraviene los hechos fijados en el fallo, esta alegación igualmente deberá ser desestimada.

Noveno: Que, también en conexión a las dos alegaciones anteriores, el recurso afirma que la acusada es analfabeta y que ello le habría impedido entender y ejercer sus derechos adecuadamente, como lo era solicitar la asistencia de un abogado defensor y guardar silencio.

Al respecto, el fallo, siempre en su motivo 14°, establece que “En cuanto a la calidad de analfabeta de la acusada, lo cierto es que tal como se señaló por este tribunal, no se incorporó ninguna prueba que acredite dicha condición por parte de la defensa, siendo el único antecedente lo que indicó la acusada en el momento en que iba a prestar declaración. Tampoco se incorporó antecedente alguno por parte de la defensa en cuanto a qué consecuencias acarrea

para la encartada tener dicha condición, haciendo sólo mención a un estudio de la Unesco, pero sin acompañar antecedentes respecto de la situación puntual de la acusada, menos que ésta tenga alguna limitación cognitiva o discapacidad mental, que le impidiera entender lo que estaba sucediendo y los derechos que ésta tenía. El único testigo que hace una referencia a esta condición es el deponente Pérez Vásquez, quien señaló que la acusada no era una persona normal, que no sabe leer ni escribir, y que él le hablaba cosas y no entendía, dando como ejemplo que él decía que ‘estaba tirando cinta para plantar lechuga’ y ella no entendía. A este respecto se estima que el testigo no da cuenta cómo toma conocimiento que la acusada no sabía leer ni escribir, siendo insuficiente su relato para establecer, además, algún tipo de discapacidad o dificultad cognitiva de la encartada.

El Código Procesal Penal, no contempla ninguna norma que establezca un tratamiento especial para las personas que no sepan leer ni escribir, como tampoco ninguno de los cuerpos legales que señaló la defensa. Consta que la policía le pidió a la encartada la referencia de alguna persona de su confianza para presenciar la declaración y así dar transparencia a la misma, por lo que se buscó a dicha persona –Elizabeth Galarce Lagos– se le leyeron los derechos a la acusada en su presencia y firmó al final del acta junto a la encartada, sin existir ninguna infracción en dicho actuar por parte de las policías, siendo instruida específicamente sobre el derecho que le asistía de declarar ante un defensor,

cuya presencia, a diferencia de lo que alega la defensa, no es un requisito de validez de dicha declaración, lo que no fue solicitado por la acusada, no estando facultados los funcionarios de impedir o limitar dicha declaración”.

Como se observa, no se demostró en el juicio por la defensa el analfabetismo de la acusada, pero, por sobre ello, que tal circunstancia de por sí le impidiera comprender los derechos que los policías le informaron, y ejercerlos en consecuencia, sobre todo si antes de declarar se buscó a una persona de confianza de la acusada para que estuviera presente en la declaración, quien, o a través de quien, precisamente, podía solicitar absolver alguna duda sobre los derechos que se le comunicaron.

Es más, incluso si como sostiene el recurso, debió el Ministerio Público ser la parte que en el juicio demostrase que la acusada no es analfabeta o que su analfabetismo no afectaba su comprensión de la actuación de la policía y sus consecuencias procesales ulteriores, no puede pasarse por alto que, como consta en el fallo, en el juicio declaró la detective Gajardo Sepúlveda, quien señaló que la acusada “tiene cuentas, tarjetas de créditos, maneja términos que puede expresar, tiene un vocabulario que todos entienden”, circunstancias fácticas que no han sido controvertidas por el recurrente, parte que además, no ha justificado por qué no presentó como testigo a Elizabeth Galarce Lagos, persona elegida por la propia acusada para presenciar su confesión, con el objeto de afianzar los cuestionamientos que realiza a la misma.

Décimo: Que igualmente objeta el recurso el traslado de la acusada a la unidad policial donde se le toma declaración, sin que conste en acta su consentimiento para dicha actuación y, asimismo, la extensión de dicha diligencia.

Sobre esta materia, la sentencia en el motivo 14º expresa que “En este punto, los testigos antes señalados [Peña Valdebenito y Gajardo Sepúlveda] refieren que ella se trasladó voluntariamente, y que no se utiliza un acta de traslado voluntario de imputado, señalando Gajardo Sepúlveda que sólo se elabora por algunos funcionarios dicha acta pero cuando se trata de testigos, tal como consta en el documento incorporado por la defensa respecto de Isaac Molina, en la cual efectivamente, tenía la calidad de testigo y no de imputado, según se lee del propio documento, lo que se condice con lo referido por los funcionarios policiales, dejándose constancia en el informe respectivo de dicho traslado y sin que exista ningún antecedente, siquiera el relato de la propia acusada, que permita establecer que fue forzada a dicho traslado, por lo que no se observa una afectación de derechos de la encartada”.

La exigencia de la elaboración de un acta particular para dejar constancia que el testigo o la imputada, voluntariamente acepta concurrir a las dependencias de la policía a prestar declaración no resulta una actuación demandada por la ley, pues lo que requiere el artículo 227 del Código Procesal Penal es dejar una constancia de las diligencias investigativas practicadas y de cualquier

circunstancia que pudiere resultar de utilidad para la investigación y, en el caso *sub judice*, la diligencia útil para la investigación precisamente consiste en la declaración prestada por la acusada en sede policial, de lo que efectivamente se levantó acta, siendo la forma como llega la imputada a la unidad policial una circunstancia ajena a la misma diligencia. Sin perjuicio de lo cual, dado que esto último puede tener relevancia para determinar la validez de la declaración —como lo sería en caso de un traslado ilegal, forzado o bajo intimidación—, en caso de no tratarse de una concurrencia espontánea o como respuesta a una citación, debe dejarse constancia del modo en que ello ocurre, lo cual precisamente en este caso se consignó en el respectivo informe policial, bastando esta circunstancia para los efectos mencionados. Cabe recordar que en este punto el recurso alega sólo la falta de constancia, mas no esgrime que se haya coaccionado, o engañado, de alguna forma a la acusada para hacerla comparecer a la unidad policial.

Sobre el tiempo que permaneció en la unidad policial prestando declaración, desde que es trasladada por los policías hasta que se emite la orden judicial de detención, el fallo señala en el motivo 14º “que no se vislumbra un actuar ilícito de las policías, toda vez que el procedimiento contó con la aquiescencia de la propia acusada, siendo un tiempo prudente aquel en que estuvo prestando declaración en la unidad y luego, en virtud de una orden de aprehensión verbal dictada por un tribunal de la república, se le detuvo, se

le trasladó a San Antonio y se controló su detención”.

Conforme a las declaraciones de testigos, la acusada es ubicada en un domicilio de Paine alrededor de las 15:00 hrs. y la orden de detención se emite cerca de las 20:00 hrs. Dentro de estas cinco horas, debe tenerse presente el tiempo dedicado al traslado de la imputada a la unidad policial de Buin y, además, el ocupado para ubicar y trasladar también a la persona que la acusada solicita le acompañe durante su declaración, así como todo el tiempo necesario para explicar a ambas el motivo de la presencia policial, la diligencia que se pretende realizar como los derechos de la imputada en ésta. Así, ya habiéndose concluido que no hay elementos para cuestionar la voluntariedad del traslado, a ello cabe agregar que tampoco los hay para sostener que su permanencia en la unidad policial fue forzada impidiéndosele retirarse cuando ella lo hubiera decidido o solicitado —por ejemplo, después de terminada la declaración en espera de la orden judicial—. Por otra parte, el lapso que duró el interrogatorio parece acorde a las circunstancias fácticas ya referidas, así como a la complejidad del delito que se investigaba, no advirtiéndose abuso o conculcación alguna a la libertad ambulatoria de la acusada en estas actuaciones.

Undécimo: Que, en consecuencia, cabe estimar que al proceder del modo que lo hicieron, los funcionarios policiales no transgredieron en el caso concreto las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no han vulnerado las normas legales

que orientan el proceder policial como tampoco las garantías y derechos constitucionales invocados en el arbitrio, por lo que los jueces del tribunal oral no incurrieron en vicio alguno al fundamentar su decisión condenatoria en la prueba cuestionada, de manera que el recurso en estudio será rechazado.

Duodécimo: Que por la causal subsidiaria afincada en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal en relación a la letra d) del artículo 342 del mismo texto, se alega que la sentencia no expone las consideraciones que se tuvo a la vista para descartar las alegaciones de la defensa para recalificar los hechos del delito de homicidio a cuasidelito de homicidio.

En lo concerniente a esta alegación, el fallo razonó lo siguiente en su considerando 11º: “Que los hechos indicados en el motivo noveno, son constitutivos del delito de homicidio simple, entendiéndose por tal, el acto de matar a otro sin que medien elementos que permitan calificarlo, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, en grado de desarrollo de consumado, en la persona de Segundo Arístides Inostroza Paredes, en razón de concurrir todos y cada uno de los elementos que lo configuran; ello por cuanto fue plenamente establecido con los antecedentes incriminatorios presentados el Ministerio Público y que han sido debidamente considerados en la motivación precedente, desde que el sujeto activo —la acusada María Audolia Molina Cabezas— ocasionó la muerte de dicha víctima al enterrarla, junto a un tercero, en una fosa, cubriendo el

cuerpo con cal y arena, falleciendo la víctima por sofocación lo que a la postre le provocó la muerte, existiendo así una evidente relación de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado típico.

Lo anterior en cuanto se desprende de los dichos de la acusada quien en la etapa investigativa prestó declaración reconociendo haber acordado con un tercero enterrar a la víctima en un sitio aledaño a su domicilio, proporcionando a éste la pala para efectuar la fosa, arrastrando a la víctima en una frazada hasta el lugar de la inhumación, y luego facilitar la cal para cubrir el cuerpo de Inostroza Paredes, para luego de enterrarlo, salir del lugar y al día siguiente dirigirse hacia la ciudad de Paine, siendo de relevancia lo declarado en este punto por la acusada, toda vez que atendida la naturaleza del ilícito y la forma de comisión, no existieron testigos presenciales del hecho que hayan declarado en el juicio.

Sumado a ello, los funcionarios de la Policía de Investigaciones que participaron del procedimiento, según se analizó latamente en el considerando anterior dieron cuenta de todas las diligencias investigativas, ratificando en los sustancial y pertinente los dichos de la acusada; a su vez, se justificó el resultado típico, esto es, la muerte de Inostroza Paredes y también la causa de su deceso, ello con el mérito del certificado de defunción y la pericia científica del médico legista Víctor Díaz Valenzuela, quien detalló la causa de muerte, y las evidencias encontradas en su organismo, siendo compatible con la dinámica descrita

por la encartada, lo anterior ratificado por las fotografías que ya fueron objeto de análisis.

Por otra parte, en cuanto al elemento subjetivo, esto es, el dolo, estimaron estos sentenciadores que la acusada actuó con dolo eventual, lo que se desprende de su propia declaración, toda vez que ésta señaló que la víctima, luego de beber alcohol se quedó dormida, y un tercero le lanza un jarro con agua, lo que hace reaccionar a la víctima que luego es empujada por éste y lanzada fuera del domicilio. En este punto la acusada señaló que Inostroza Paredes se habría golpeado al caer, sin embargo, tal como lo refirió el perito legista, la víctima no presentaba ninguna lesión aguda, de manera que no se pudo demostrar en este juicio que ésta haya sufrido un golpe de una entidad tal que pudiese hacer pensar a la encartada que se encontraba fallecido, conclusión a la que la encartada habría arribado solo por el hecho de que la víctima, cuando despertaron el día 21 de marzo de 2015, en horas de la mañana, se encontraba en el mismo lugar, y según este tercero, estaba frío, respecto de lo cual se estima que, en las circunstancias es que se produjeron los hechos, no permitía de manera alguna concluir que la víctima se encontraba fallecida, sin que se haya dado cuenta de la realización de ninguna actividad adicional para cerciorarse de su deceso, aun con actividades básicas como verificar la respiración, teniendo en consideración que la encausada, además, tenía pleno conocimiento de que la víctima había bebido alcohol en exceso, lo que se desprende de sus propios dichos y se

corroborada con la alcoholemia que arrojó como resultado 2.58 gramos por mil de alcohol en la sangre, equivalente a 2.5 o 2.6 litros de alcohol de 12 grados, siendo perfectamente posible estimar, conforme a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, que dicho estado de inconciencia se debiera a un consumo excesivo de alcohol, por lo que la encartada no pudo sino representarse como posible que la víctima estuviera con vida y en consecuencia, que el enterrarlo en una fosa, le podría causar la muerte y no obstante eso, lo aceptó y acordó su inhumación, realizando una serie de actos para concretar dicho objetivo, sin importarle su ocurrencia. Si bien, según el relato del funcionario policial Peña Valdebenito, la acusada habría manifestado que la víctima ya no respiraba, no se señaló de qué forma habrían constatado dicha situación, lo cual, además no es posible, atendidas las claras conclusiones a las que arribó el perito Díaz Valenzuela, quien señaló que la víctima se encontraba viva al momento de ser enterrada. Particular relevancia tiene lo señalado por dicho profesional cuando contestando las preguntas de la defensa señaló que para determinar con certeza si una persona está muerta se requieren conocimientos técnicos, siendo difícil determinarlo, lo que corrobora lo señalado en cuanto a que resultaba absolutamente insuficiente establecer que una persona está muerta por el hecho de encontrarse inconsciente y tener una baja temperatura.

La defensa de la acusada hizo presente el analfabetismo de su representada, condición que sólo se desprende

de los propios dichos de la acusada al momento de prestar declaración y sin que se haya rendido ninguna prueba en ese sentido que acreditara esa calidad y las implicancias que esto pudiese tener para aquélla. Tampoco se acompañó por la defensa ningún elemento probatorio que permitiera establecer que la encartada tuviese algún tipo de limitación cognitiva o discapacidad mental que facultara concluir que ésta no haya tenido conciencia de lo que estaba sucediendo, descartándose cualquier forma de figura culposa, como alegó la defensa, por darse todos los elementos del dolo eventual, esto es, ‘Que el resultado de la muerte se haya previsto como posible y se haya aceptado, no importándole al hecho que ocurra’ (Alfredo Etcheberry, Derecho Penal Parte Especial, tomo III, p. 46), los que resultan incompatibles con cualquier tipo de delito culposo”.

Decimotercero: Que la causal en estudio se esgrime sólo en relación a los requisitos del fallo que prescribe la letra d) del artículo 342 del Código Procesal Penal, esto es, por la omisión de “Las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo”, resultando patente del texto reproducido en el basamento anterior que, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre la corrección del análisis jurídico que lleva a cabo la sentencia, ésta cumple con el extremo en cuestión pues invoca razones legales y doctrinales para sustentar sus asertos, sin ser esta causal la adecuada para estudiar la corrección de los mismos, examen que se efectuará a continua-

ción, con ocasión de la última causal deducida.

Decimocuarto: Que, mediante la última causal de nulidad del recurso, de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, como ya se dijo, se arguye que la sentencia incurre en una errónea aplicación del derecho, dado que, de los hechos determinados en ella, no aparece que la conducta atribuida a la acusada haya sido ejecutada con dolo, ni siquiera eventual, por lo que sus acciones debieron ser calificadas como delito de homicidio culposo.

Decimoquinto: Que, de las dos formas de culpabilidad, es el dolo la más característica e importante. Desde luego, porque la incriminación de la culpa es sólo excepcional, mientras que la del dolo constituye la regla (Politoff, Derecho Penal, T. I, Editorial ConoSur, 1997, p. 446). La característica esencial de la culpabilidad dolosa reside en que, en ella, el reproche se articula sobre la base de que el autor ha querido realizar el injusto, pero también cuando, no habiéndolo querido realizar, ha aceptado su verificación como un suceso que lo deja indiferente. “Cuando el autor ha querido directamente la acción (y el resultado, en su caso) o ha aceptado su producción, decimos que ha actuado dolosamente” (Sainz Cantero, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, III, Bosch Casa Editorial, 1985, p. 53). La forma imprudente abarca, por el contrario, los supuestos en que el autor no ha querido ejecutar el injusto típico que, sin embargo, ha llevado a cabo pese a que debía y podía evitar su realización. A estas dos formas la doctrina añade

una tercera “forma mixta” denominada “preterintencionalidad”, configuradora de una zona intermedia, incierta, carente de contornos precisos, “una tierra de nadie” “una zona gris” que ha originado toda una teoría ad hoc y un intenso debate en su torno (Díaz Pita, El Dolo Eventual, Tirant Monografías, 1994, pp. 16-17; Muñoz Conde, Prólogo a la obra de Díaz Pita; Künsemüller, “Las hipótesis preterintencionales”, *Gaceta Jurídica* N° 204, pp. 7 y ss.; “El dolo en el homicidio”, U. Gabriela Mistral, Temas de Derecho, Año XVIII, N°s. 1 y 2, enero diciembre 2003, pp. 93 y ss.).

Decimosexto: Que, como ha sostenido antes esta Corte, en la causa Rol N° 7315-2015 de 14 de diciembre de 2015, la demarcación entre dolo y culpa no presenta mayores dificultades cuando lo que se intente sea diferenciar al dolo directo (conocer y querer la realización del tipo) de la culpa (consciente o inconsciente); mientras aquél expresa una voluntad dirigida contra los bienes jurídicos ajenos, la culpa es expresiva de una escasa consideración (falta de respeto) para con dichos bienes, en el sentido que el autor, bien no se molesta en pensar el peligro que para ellos puede suponer su conducta (culpa inconsciente), bien limitándose a pensar en dicho peligro, continúa su acción con ligereza (culpa consciente). En estos casos, de todos modos, el autor no quiere (ni acepta como inevitable) la violación de la norma contenida en el tipo penal. El querer o no querer la realización del tipo se presenta, así, como la única frontera admisible entre el dolo y la imprudencia, respectivamente

(“La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual”, Zugaldía Espinar, A.D.P.C.P., 1986, p. 396; Mir Puig, Adiciones de Derecho español a la obra de Hans Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, 1981, tomo I, p. 429). No obstante, esa delimitación, marcada por el querer o no querer, no es útil cuando se está ante la situación en que el agente no busca el resultado como meta de su acción (dolo directo), ni sabe que alcanzar la meta de su acción importa necesariamente, con seguridad, la producción de otro resultado que inclusive puede no desear (dolo directo de segundo grado o de consecuencias seguras), sino que, representándose como posible la realización del tipo –lo que también concurre en la imprudencia– se añade un plus de gravedad del ilícito debido a una decisión más grave del autor frente a la realización del tipo, plus que en definitiva permita afirmar que la concreción del tipo ha sido incluida en o abarcada por la voluntad de realización del agente y de algún modo querida por él (Zugaldía Espinar, *cit.*, p. 397).

Esa última categoría corresponde al dolo eventual, que algunos autores alemanes llaman “dolo condicionado”, la que se presenta cuando las consecuencias lesivas inherentes a un determinado comportamiento doloso, aparecen, en una perspectiva “*ex ante*”, como meramente posibles, no como un evento seguro, habiéndose representado el sujeto su probable ocurrencia y seguido adelante con su acción, no importándole lo que ocurra (prevención Sr. Künsemü-

ller SCS Rol N° 208-2008 de 10 de julio de 2008).

Decimoséptimo: Que el dolo y, por cierto, la categoría de dolo eventual, se halla integrado por un elemento intelectual y un elemento volitivo, puesto que representa un conocer y un querer la realización del injusto típico. La preponderancia de cada uno de estos elementos es afirmada, respectivamente, por las denominadas “teoría de la representación” y “teoría de la voluntad”. La opción en favor de una u otra teoría, parece irrelevante, en tanto que ambas posiciones reconocen, en principio, que en el dolo ha de concurrir tanto el conocimiento cuanto la voluntad. Pero, en determinados casos límite, en el seno del dolo eventual, el problema asume un significado práctico inmediato: para los partidarios de la teoría de la representación, el factor decisivo para determinar si existe dolo o imprudencia se halla en el conocimiento, mientras que, para los partidarios de la teoría de la voluntad, se sitúa en el querer del agente. (Cobo del Rosal-Vives Antón, Derecho Penal, Parte General, 5ª edición, 1999, p. 621). En su “segunda fórmula”, Frank sostiene que hay dolo cuando el autor actúa en todo caso, a todo evento, diciéndose “suceda así o de otra manera, en cualquier caso, continúo adelante con mi acción”.

La categoría de dolo eventual concurre, según la teoría del consentimiento o asentimiento –la más aceptada tanto por la jurisprudencia, como por la doctrina alemana y española (Díaz Pita, *op. cit.*, p. 176)– en la medida que el sujeto se representa como probables las consecuencias antijurídicas de su actuar

y, pese a ello, actúa, asumiéndolas. La mera representación del resultado es insuficiente para calificar de dolosa la conducta del autor; el dolo requiere un momento volitivo. Y puesto que, por definición, en el dolo eventual la voluntad no se dirige al resultado, como a su meta, se requiere, al menos, que, a diferencia de lo que ocurre en la imprudencia, el autor haya asumido el resultado, siquiera sea como probable (Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, p. 628, con cita de Baumann, Strafrecht, pp. 414-415). El sujeto que obra con dolo eventual no busca intencionalmente el resultado lesivo, pero se lo representa mentalmente como una posibilidad, aceptando su ocurrencia. “Si el autor decidió actuar a toda costa, con independencia de que el evento ocurriese o no, entonces hay dolo” (Cobo del Rosal-Vives Antón, *op. cit.*, p. 628).

De acuerdo a esta doctrina mayoritaria, representativa de una posición volitiva, debe ponerse el acento en un elemento emocional. Si acaso el hecho aprueba el evento no pretendido, hay dolo eventual; si, en cambio, livianamente, con un injustificado optimismo, ha actuado con la confianza de que todo va a salir bien, habrá sólo culpa consciente (Politoff, *cit.*, p. 366).

Decimotavo: Que, en todo caso, conviene dejar en claro que el conflicto o dificultad de demarcación que se viene tratando, sólo puede presentarse entre dolo eventual y culpa consciente, ya que en ambas es requisito *sine qua non* que el agente se haya representado como posible el resultado lesivo no buscado. Por ende, la culpa inconsciente

o sin representación, no entra en esa “zona incierta”, en que se desenvuelve la decisión de si se ha obrado con dolo eventual (aceptación del evento representado como posible) o con culpa consciente (con representación), basada en la confianza del agente en poder controlar los acontecimientos y evitar el resultado lesivo, representado como posible, decidiéndose a favor del respectivo bien jurídico amparado. Así, la culpa inconsciente o sin representación abarca los supuestos en que el individuo ni siquiera ha previsto –no se ha representado como una posibilidad– la producción del daño al bien jurídico involucrado, demostrando tal actitud íntima, una infracción al deber de observar el cuidado requerido en el ámbito de relación social (prevención Sr. Künsemüller SCS Rol N° 208-2008 de 10 de julio de 2008).

Decimonoveno: Que, en el caso *sub lite*, y sin que ello importe de modo alguno tomar partido por las teorías cognitivas en desmedro de las volitivas, no puede pasarse por alto que para deslindar si la conducta se perpetró con culpa o dolo debe necesariamente, en este caso en particular, atenderse especialmente al elemento cognitivo sobre la existencia o no de la representación del resultado antijurídico, por cuanto, de existir representación se estará ante dolo eventual y, de no haberla, frente a la culpa inconsciente, lo que, por otra parte, conduce a excluir en el caso de marras la posibilidad de que pueda presentarse culpa consciente, pues si se sostuviera –lo que no hace el recurso– que se acreditó que la acusada se repre-

sentó o previó que el ofendido podía continuar vivo al momento de ser enterrado, en ese contexto la imputada no tenía otra alternativa que no importara aceptar el resultado, que abstenerse de enterrarlo, única acorde a la afirmación de que verdaderamente no aceptaba o no le era indiferente su muerte. Al contrario, de haber llevado a cabo esta acción no obstante esa representación o previsión, necesariamente importa que aceptó, se conformó o allanó a ese resultado mortal y, por consiguiente, actuó con dolo eventual.

En efecto, en este caso en concreto, de haber tenido en mente la encartada la sobrevivencia del ofendido al momento de su inhumación, no había forma alguna en que aquélla “confiará” en que el resultado típico muerte no se produciría como consecuencia de su obrar, a diferencia de lo que ocurre en quien actúa con culpa consciente, en que pese a representarse el resultado antijurídico confía –y actúa en concordancia a esa confianza– en que éste no se producirá o que será capaz de evitarlo.

De ese modo, capital en la decisión del caso de marras, resulta examinar si los magistrados de la instancia asentaron como hechos demostrados que la acusada se representó o previó efectivamente como posibilidad cierta que Arístides Inostroza seguía vivo al momento de acordar su entierro junto a su acompañante, y haya mantenido tal convicción durante su ejecución, pues la respuesta afirmativa conducirá a sostener la concurrencia del dolo eventual –frente a tal representación y seguir actuando, no podía sino aceptar

el resultado–, mientras que su negación llevará a estimar presente sólo la culpa sin representación o inconsciente.

Vigésimo: Que, ahora bien, para la referida representación necesaria para configurar el dolo eventual, no basta con asentar que la encartada “pudo” haberse representado la supervivencia del acusado o que “no pudo sino haberlo hecho” atendidas las circunstancias particulares a las que se enfrentó, pues en estos últimos casos no se efectúa un reproche por haber actuado no obstante haber sabido o previsto que una de las posibilidades de su obrar sería ocasionar la muerte de una persona –lo que conllevaría, en este caso particular, necesariamente aceptar ese aciago devenir–, sino que lo que se reprocha es el fallar en prever ese resultado mortal como consecuencia de su actuar, propio de la culpa inconsciente.

En ese orden de ideas, el sujeto que actúa con dolo eventual, a diferencia del sujeto imprudente, “sabe lo que hace” y, siendo consciente del grado de peligro que su comportamiento lleva implícito para un bien jurídico, bien por indiferencia, bien por desprecio hacia ese bien jurídico, o bien sin albergar ningún tipo de sentimiento negativo respecto a ese bien jurídico, sigue actuando, decide seguir adelante su comportamiento, anteponiendo sus intereses a la integridad del bien jurídico que con su hacer amenaza. Este seguir actuando, anteponiendo los intereses del sujeto a la integridad del bien jurídico, es la “decisión en contra del bien jurídico”, que constituye el verdadero núcleo del dolo (Díaz Pita, *op. cit.*, pp. 45-46). En

el mismo sentido, Philipps sostiene que uno de los presupuestos fundamentales del dolo es “La conciencia del sujeto de todas las alternativas posibles”, de modo que, si falta este presupuesto, u otro de los que el autor citado menciona, el dolo quedará excluido. Sólo se acepta la imputación a título de dolo eventual, agrega, en aquellos casos en los que “se dan presupuestos fácticos y normativos que indican que el sujeto se encontraba en una situación en la que podía decidir entre varias alternativas de comportamiento en el momento de llevar a cabo la acción” (citado por Díaz Pita, *op. cit.*, pp. 205-206).

Vigésimo primero: Que, en concordancia con lo que se viene exponiendo, en la causa rol N° 7315-2015 de 14 de diciembre de 2015, que trató de los hechos referidos a los disparos al aire efectuados por un carabinero que, por efecto rebote, terminan ocasionando la muerte y lesiones a dos personas, respectivamente, esta Corte estimó que “Contribuye a desvirtuar la imputación de dolo eventual la circunstancia de no contarse con antecedentes que permitan avalar la posibilidad de que el acusado habría tenido de anticipar mentalmente la consecuencia dañosa de su actuar teniendo en consideración que los afectados no se encontraban en la pasarela hacia donde disparó sino que distantes de ella en una calle lateral, a bastante distancia y que pese a ello hubiera perseverado en su acción peligrosa, no importándole lo que ocurriera./ Por el contrario, del mérito de la causa aparece que el acusado debió representarse la posibilidad de que su acción crearía un

riesgo para terceros, actuando con negligencia, al creer que con ello nada ocurriría, desatendiendo las condiciones del lugar en que se encontraba” y resolvió que el resultado dañoso del actuar del encausado, es decir, la muerte y las lesiones ocasionadas, “son el resultado de la imprudencia temeraria del acusado provocadas por el actuar imprudente”, siendo correcta su calificación por los jueces del grado como cuasidelito de homicidio y cuasidelito de lesiones, respectivamente. Este fallo viene a ratificar que el no representarse, debiendo hacerlo, la posibilidad de que una acción ocasione un riesgo para terceros al desatender las condiciones en que se encuentra el actor, corresponde a un caso de culpa inconsciente y no de dolo eventual, por la falta de representación que es elemento cognitivo insoslayable para la concurrencia de este último y que se encuentra ausente en aquélla.

Igualmente, en la causa rol N° 208-2008 de 10 de julio de 2008, en la que se conocieron los hechos por los que el procesado arrojó de su vehículo al ofendido que se encontraba en estado de ebriedad, a quien arrastró y luego lo abandonó, el que fallece posteriormente por asfixia por aspiración de contenido gástrico, esta Corte consideró correctamente calificados esos hechos como cuasidelito de homicidio, descartando la concurrencia del dolo eventual ante la falta de representación del encausado del resultado mortal como corolario de su obrar, esto es, conforme a lo explicado, bajo culpa sin representación. Señaló este Tribunal que “aun cuando el estado de ebrie-

dad de la víctima era conocido por el chofer del taxi, que es el acusado, no hay antecedentes que permitan avalar la posibilidad que éste habría tenido de anticipar la consecuencia mortal y que pese a ello, igual haya perseverado, en forma consciente, en su iniciativa de abandonar a su pasajero en la plaza donde fue hallado”.

Por otra parte, en la causa rol N° 6222-2007 de 18 de noviembre de 2008 se estimó acertada también la calificación de cuasidelito de homicidio, dado que “si bien el acusado debió representarse, dadas su calidad profesional y las circunstancias en que se desempeñó, como posible el resultado lesivo finalmente ocurrido, pues efectuó sin poseer la idoneidad y pericia exigibles en el caso concreto, una intervención quirúrgica en un lugar inadecuado y con un instrumental y personal de apoyo absolutamente insuficientes para enfrentar posibles y previsibles emergencias, y abandonó además al paciente, no es posible arribar a la íntima convicción de que al obrar como lo hizo, desentendiéndose de la situación delicada que afectaba al enfermo, tomó seriamente en cuenta la posibilidad del deceso y la acogió en su voluntad de realización, evidenciando total indiferencia por la suerte de los bienes jurídicos involucrados en el entorno de peligro objetivamente existente”. Como se observa, el no representarse como posible el deceso, debiendo haberlo hecho, excluye la posibilidad de sancionar la conducta a título de dolo eventual, y conduce al castigo por delito imprudente.

También la exigencia de una representación efectiva para configurar el dolo eventual, y no la mera posibilidad de haber efectuado tal representación atendido el respectivo contexto situacional, se encuentra tratada en los fallos dictados por esta Corte en las causas rol N° 5003-2008 de 23 de abril de 2009 y rol N° 39702008 de 2 de julio de 2009 y, en ambas, en su ausencia se avala la decisión de los jueces del grado de calificar los hechos como delito culposo.

Vigésimo segundo: Que aplicando lo previamente estudiado al caso de autos, se advierte que la sentencia impugnada asienta una serie de circunstancias fácticas por las que no se establece que la imputada se haya representado que el ofendido seguía vivo al momento de su inhumación, sino que de dichas circunstancias sólo se coligieron por los jueces al decir que la sentenciada “no pudo sino representarse como posible que la víctima estuviera con vida y en consecuencia, que el enterrarlo en una fosa, le podría causar la muerte”, como lo expresa en el considerando 11°, lo que a juicio de esta Corte, como se explicará a continuación, corresponde a la culpa inconsciente o sin representación y no a la categoría del dolo eventual.

Vigésimo tercero: Que, en efecto, en el referido basamento la sentencia expresa en primer término, que la acusada señaló “que la víctima, luego de beber alcohol se quedó dormida, y un tercero le lanza un jarro con agua, lo que hace reaccionar a la víctima que luego es empujada por éste y lanzada fuera del domicilio. En este punto la acusada señaló que Inostroza Paredes se habría

golpeado al caer, sin embargo, tal como lo refirió el perito legista, la víctima no presentaba ninguna lesión aguda, de manera que no se pudo demostrar en este juicio que ésta haya sufrido un golpe de una entidad tal que pudiese hacer pensar a la encartada que se encontraba fallecido, conclusión a la que la encartada habría arribado sólo por el hecho de que la víctima, cuando despertaron el día 21 de marzo de 2015, en horas de la mañana, se encontraba en el mismo lugar, y según este tercero, estaba frío, respecto de lo cual se estima que, en las circunstancias en que se produjeron los hechos, no permitía de manera alguna concluir que la víctima se encontraba fallecida”. Como resulta patente, en esta parte el fallo enrostra a la imputada creer que el ofendido había muerto por el hecho de haberlo encontrado en la mañana en el mismo lugar en que fue dejado la noche pasada en la intemperie, donde cayó después de ser agredido y lanzado al exterior del inmueble por un tercero, golpeándose al caer, y encontrándose además su cuerpo frío. Sostienen los magistrados que había circunstancias que no permitían haber llegado a tal conclusión, como que “la víctima no presentaba ninguna lesión aguda, de manera que no se pudo demostrar en este juicio que ésta haya sufrido un golpe de una entidad tal que pudiese hacer pensar a la encartada que se encontraba fallecido”. En este punto, cabe consignar, que el fallo no declara que los hechos no ocurren como lo relata la acusada, es decir, no concluye que la víctima no haya sido expulsada violentamente del domicilio

y que producto de esa acción haya caído en el exterior golpeándose en el piso, sino que postula que el ofendido, al ser examinado por el médico legista, no presentaba una lesión “aguda” o de “una entidad tal que pudiese hacer pensar a la encartada que se encontraba fallecido”. Entonces, aquí los magistrados, en definitiva, censuran que la acusada no haya revisado al ofendido, o instado a que su acompañante lo hiciera, de manera de advertir que, de existir alguna lesión ocasionada por la caída, ésta no sería de tal gravedad como para ocasionar su muerte. De ese modo, el fallo critica que la acusada haya arribado a una conclusión sin antes haber verificado que se presentaban circunstancias tales que justificaran su aserto.

Vigésimo cuarto: Que, asimismo, la sentencia reprueba la conclusión a la que arriba la acusada dado que “la víctima había bebido alcohol en exceso”, por lo que era perfectamente “posible” estimar, conforme a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, que dicho estado de inconciencia se debiera a ese motivo. Este extracto del fallo refleja que los sentenciadores no establecen que la acusada previó o se representó que la inconciencia del ofendido podía obedecer a su inmoderado consumo de alcohol en la noche, sino que, de haber discurrido conforme a “las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia” habría concluido que la explicación más plausible para la inconciencia del ofendido era el consumo excesivo de alcohol y no su deceso. Es decir, le reprochan no incluir entre las posibilidades explicativas del estado

inmóvil del ofendido aquella que resultaba más acorde a las circunstancias experimentadas horas antes y no, que representándose esa posibilidad, ésta le haya sido indiferente para disuadirla de haberlo enterrado.

Vigésimo quinto: Que siempre en esta línea argumental, el fallo recrimina que la encartada haya pensado que el ofendido se encontraba fallecido, no obstante que no “haya dado cuenta de la realización de ninguna actividad adicional para cerciorarse de su deceso, aun con actividades básicas como verificar la respiración, teniendo en consideración que la encausada, además, tenía pleno conocimiento de que la víctima había bebido alcohol en exceso”. Nuevamente lo que se reprocha aquí es que, la acusada, no obstante conocer que el ofendido había consumido alcohol en exceso, haya concluido que éste había muerto sin antes realizar alguna actuación que le permitiera avalar tal creencia, como examinar si respiraba, es decir, se le atribuye a la acusada un actuar negligente al llegar a una conclusión apresurada que, de haber tomado medidas mínimas que parecían esperables en ese caso, la habrían sacado de esa creencia errada y no que, habiéndose representado que el ofendido sobrevivía, no adoptó esas medidas porque, incluso si éstas hubieran confirmado que seguía con vida, ello no habría modificado su obrar posterior ya que el ocasionar su muerte le resultaba indiferente.

Vigésimo sexto: Que más adelante el fallo expresa que el perito que declaró en el juicio señaló que “para determinar con certeza si una persona está muerta

se requieren conocimientos técnicos, siendo difícil determinarlo, lo que corrobora lo señalado en cuanto a que resultaba absolutamente insuficiente establecer que una persona está muerta por el hecho de encontrarse inconsciente y tener una baja temperatura”. Con lo anterior, la sentencia no hace sino insistir en lo errado de afirmar la muerte de una persona únicamente en base a esas dos circunstancias –inconciencia y baja temperatura corporal–, es decir, condena la creencia infundada de la acusada sobre la muerte del ofendido, dado que las circunstancias que se le presentaban –a las dos señaladas, no está de más mencionar, debe agregarse la edad del ofendido, 66 años, y el dormir en la noche a la intemperie luego de un excesivo consumo de alcohol– no justificaban tal convicción y que con medidas mínimas podría haber salido de tal yerro.

Vigésimo séptimo: Que, así las cosas, al no haber afirmado el fallo la realidad de la representación de la acusada respecto a la posibilidad cierta de supervivencia del ofendido, mal podría haber aquélla aceptado la muerte de éste, como lo propone la sentencia.

Conviene aquí aclarar que, si bien los jueces fijan como un hecho demostrado la aceptación del resultado antijurídico –suceso fáctico que, por ende, no puede ser preterido por esta Corte–, ello no tiene mayor relevancia si previamente no estableció como evento igualmente acreditado la representación efectiva de ese resultado como consecuencia de su actuar, en el que pudiera recaer dicha aceptación, sino sólo que tenía la

posibilidad de haberlo previsto y que, por ende, debió haberlo previsto.

Vigésimo octavo: Que, entonces, las circunstancias de hecho fijadas en el fallo y las conclusiones que de ellas han derivado los sentenciadores, no dan cuenta de que la acusada al colaborar o participar del entierro del ofendido haya actuado con dolo eventual, al no establecer por concurrente una representación efectiva, y no sólo potencial, del posible resultado típico más grave de su actuar ilícito –la muerte del ofendido en vez de la mera inhumación ilegal de un fallecido–, y su ratificación posterior, por lo que únicamente puede ser sancionada a título culposo –como lo persigue el recurrente–, conforme a la figura de imprudencia temeraria del artículo 490 N° 1 del Código Penal, por lo que los jueces del grado han incurrido en error en la aplicación de la norma recién citada como así de aquella que tipifica el delito de homicidio al calificar de esta forma los hechos objeto de la condena, yerro que deberá ser enmendado acogiendo la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal desarrollada en el arbitrio, anulando la sentencia impugnada y dictando la correspondiente sentencia de reemplazo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 y 385 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad deducido por la defensa de la acusada María Audolia Molina Cabezas y se anula únicamente la sentencia de nueve de enero de dos mil diecisiete, dictada en la causa RUC N° 1510010840-K y RIT N° 136-2016 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal

de San Antonio, procediéndose a dictar a continuación, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Acordada la decisión de acoger la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal que se deduce subsidiariamente en el recurso de nulidad, con el voto en contra del Ministro Juica, quien fue de parecer de desestimar dicha causal teniendo para ello en consideración los siguientes fundamentos:

1°) Que, en un primer orden, cabe aclarar que definir si en una determinada conducta el agente obra o no representándose la posibilidad del resultado antijurídico, como paso previo a calificar la misma conducta como dolosa o culposa –en conjunto a los demás aspectos volitivos que es necesario considerar para zanjar tal cuestión–, constituye un asunto de hecho que debe resolver el sentenciador conforme a la valoración que realice de la prueba en el juicio. Esto lo reconoce expresamente el recurrente al señalar que “tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo que el tipo subjetivo también constituye un hecho, que, aunque de carácter psicológico, también debe ser probado, a lo menos indiciariamente”.

2°) Que como ha tenido oportunidad de explicar esta Corte en la causas rol N° 6912-2007 de 1 de julio de 2008, rol N° 6222-2007 de 18 de noviembre de 2008, rol N° 5003-2008 de 23 de abril de 2009, rol N° 3970-2008 de 2 de julio de 2009 y rol N° 7315-2015 de 14 de diciembre de 2015, la prueba del dolo –en cuanto se lo concibe como “un con-

glomerado de hechos internos” – es una de las cuestiones más problemáticas en la sede procesal penal, ya que su acreditación en un caso concreto pasa por la necesidad de que se averigüen determinados datos de naturaleza psicológica: se debe averiguar una realidad que, como afirma expresivamente Herzberg, “se encuentra en la cabeza del autor” o, como puntualiza Schewe, se basa en “vivencias subjetivas del autor en el momento del hecho”, unos fenómenos a los que puede y debe accederse en el momento posterior del proceso. (Ragués i Vallés, *El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal*, Universidad Externado de Colombia, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2002, p. 190).

Como apunta Diez Ripollés, los elementos subjetivos del delito “se han de concebir como realidades psíquicas previamente dadas y susceptibles de desvelamiento a partir de un proceso de averiguación” (*Los Elementos Subjetivos del Delito*, Bases Metodológicas, Valencia, 1990, p. 32).

El medio probatorio por excelencia al que se recurre en la praxis para determinar la concurrencia de los procesos psíquicos sobre los que se asienta el dolo no son ni las ciencias empíricas, ni la confesión autoinculpatoria del imputado, sino la llamada prueba indiciaria o circunstancial, plasmada en los denominados “juicios de inferencia” (Ragués i Vallés, *op. cit.*, p. 238).

Por su parte, el tratadista Pérez del Valle afirma que “la prueba de la concurrencia en un delito de los elementos subjetivos necesarios para imponer una sanción se desenvuelve en la jurisprudencia en un ámbito necesariamente vinculado a la prueba indiciaria, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que, en principio, permanece reservado al individuo en el que se produce, de modo que para su averiguación o para su confirmación, se requiere una inferencia a partir de datos exteriores” (RDP, 1994, p. 413).

Resulta interesante traer a colación los criterios desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español sobre el punto: “... el Tribunal ha de valorar todas las circunstancias concurrentes para poder deducir el dolo eventual en una forma racional” (STS, 30.05.1970); “la diagnosis *ex post* de todos los hechos y de todas las circunstancias concurrentes han de llevar a la conclusión de que el procesado aceptó la producción del resultado” (STS, 20.04.1977); “... el juez, en el caso concreto, ha de realizar una fina y exhaustiva investigación para llegar a la convicción de que el procesado actuó con dolo eventual” (STS, 3.05.1982).

Este Tribunal, por su parte, ha sostenido que un comportamiento subjetivo sólo admite una prueba indirecta, porque, como con innegable ironía puntualiza Baumann, “al dolo nunca nadie lo ha visto”, de suerte que la única forma de constatar su presencia es acudiendo a presunciones judiciales (SCS, 16.05.2005, RDJ, t. CII, N° 1, enero-junio 2005, 2ª parte, secc. 4ª, pp. 395 y ss.; SCS, 24.09.2007, *Gaceta Jurídica* N° 327, pp. 187 y ss.).

3º) Que en atención a lo antes expuesto, y ante la esperable falta de algún elemento probatorio que diera cuenta

directamente de una manifestación proveniente de la propia acusada respecto a haber previsto o representado la posibilidad de sobrevida del ofendido y, en consecuencia, de la posibilidad de anticipar mentalmente la consecuencia dañosa de su actuar, sólo restaba a los sentenciadores llevar adelante el reseñado “juicio de inferencia” a partir de las diversas circunstancias de hecho que fue fijando y concatenando sucesivamente y que pasaron a conformar un cúmulo de prueba indiciaria o circunstancial que condujo a dicho juicio, esto es, que la víctima no sufrió una lesión aguda producto de la caída que dice la acusada haber aquél tenido, el consumo excesivo de alcohol del ofendido que era conocido de la imputada, la falta de acciones de parte de ésta para verificar el deceso, probanza circunstancial toda ella que les llevó a inferir “que la encartada no pudo sino representarse como posible que la víctima estuviera con vida y en consecuencia, que el enterrarlo en una fosa, le podría causar la muerte”, manera de expresar sus conclusiones por la que se optó, como resultaba razonable a juicio de este disidente, porque aparecía como más adecuada a la dificultad de pesquisar procesos internos y reservados del agente, con sus dudas subsecuentes e inevitables.

4º) Que, en efecto, la fórmula que utilizan los magistrados para referirse al elemento cognoscitivo del actuar de la autora, a saber, “no pudo sino representarse”, se justifica y entiende justamente como corolario de lo antes comentado, esto es, que generalmente –como lo fue en este caso– no resulta

factible recopilar prueba directa de lo que pensó o razonó en determinado momento el enjuiciado y, ante dicha imposibilidad, en una correcta muestra de prudencia, el tribunal de la instancia, en vez de afirmar derechamente que está acreditado como un hecho cierto lo que pensó, razonó o se representó en ese momento la acusada, por las implicancias que conllevaría arrogarse la capacidad para desentrañarlo, estimó más coherente y acorde a las dificultades ya tratadas, expresar que de acuerdo a la prueba indiciaria reunida, se demostró que la encartada no pudo sino haberse representado el resultado proscrito, con lo cual no está negando la efectividad o existencia de esa representación o categorizándola sólo como una posibilidad que debió haber previsto la acusada y que, en tanto mera posibilidad, pudo de hecho no haber ocurrido, sino que afirma su existencia –la representación del resultado– por la vía de negar que haya podido suceder lo contrario –la no representación del resultado– ya que esto último no se presentaba como congruente ni aceptable a la luz de la prueba recabada.

5º) Que, tan evidente es lo anterior, que luego de afirmar el fallo que la acusada “no pudo sino representarse como posible que la víctima estuviera con vida y, en consecuencia, que el enterrarlo en una fosa, le podría causar la muerte” establece que, “no obstante eso, lo aceptó y acordó su inhumación, realizando una serie de actos para concretar dicho objetivo, sin importarle su ocurrencia”.

Si el fallo hubiese reprochado únicamente “no prever lo que era previsible”

atendido el contexto situacional en el que se hallaba inmersa la acusada, ésta no podría haberlo aceptado, es decir, si la sentencia hubiese establecido sólo que la imputada falló por no representarse la posibilidad real de que el ofendido siguiera vivo al ser enterrado y que, por ende, sería la sofocación y asfixia derivada del entierro lo que ocasionaría la muerte, entonces el fallo no podría haber declarado a renglón seguido que la imputada aceptó esa posibilidad —si supuestamente ni siquiera se la representó—. Esto último demuestra que el fallo sí asienta como un hecho probado y, por tanto, que no puede desconocerse por esta Corte, que la encartada se representó efectivamente que el ofendido podía seguir con vida, alternativa real que le fue indiferente y que no fue óbice para realizar los actos posteriores que finalmente ocasionaron su deceso, resultado típico que de ese modo fue aceptado, concurriendo entonces todos los elementos del dolo eventual en el caso *sub judice*.

6º) Que, así las cosas, habiendo fijado los jueces del grado “que la encartada no pudo sino representarse como posible que la víctima estuviera con vida y en consecuencia, que el enterrarlo en una fosa, le podría causar la muerte y no obstante eso, lo aceptó y acordó su inhumación, realizando una serie de actos para concretar dicho objetivo, sin importarle su ocurrencia”, dio por establecidos los elementos cognoscitivos y volitivos del dolo eventual, sin que tales hechos puedan ser desconocidos por esta Corte desde que el recurso ni siquiera controvierte que en el proceso

de valoración de la prueba que llevó a afincarlos en el fallo se haya incurrido en el correspondiente motivo de nulidad del artículo 374 e) del Código Procesal Penal en relación a la letra c) del artículo 342 del mismo código y, por consiguiente, los jueces de la instancia no han errado en la aplicación del derecho al calificar la conducta atribuida a la acusada como delito de homicidio, descartando la figura culposa, motivo por el cual la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal del recurso, también debía ser rechazada.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito y de la disidencia su autor.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O.

Rol N° 2882-2017.

II. SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, trece de marzo de dos mil diecisiete.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de nulidad que precede y lo estatuido en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

De la sentencia de nueve de enero de dos mil diecisiete dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio en la causa RUC N° 1510010840-K y RIT N° 136-2016, se reproducen sus considerandos 1º a 10º; del motivo 11º los párrafos segundo, tercero y cuarto, con excepción en este último de las

oraciones “Por otra parte en cuanto al elemento subjetivo, esto es, el dolo, estimaron estos sentenciadores que la acusada actuó con dolo eventual” y “y no obstante eso, lo aceptó y acordó su inhumación, realizando una serie de actos para concretar dicho objetivo, sin importarle su ocurrencia”; 12° a 14°; del razonamiento 15° los párrafos primero y segundo; y el considerando 17° con excepción de la frase “Que, habiéndose bajado la pena en un grado y”; eliminándose todo lo demás.

Además, se reproducen los fundamentos 15° a 28° del fallo de nulidad que antecede.

Y CONSIDERANDO:

1°) Que, es conveniente tener presente, para el análisis del caso *sub lite* que, como puntualiza Enrique Cury, la aseveración de que el agente haya debido representarse las consecuencias que podrían producir ciertas acciones, implica sostener la previsibilidad del resultado ocurrido, no su auténtica previsión en el caso concreto; esta fundamentación basta para condenar a título de culpa inconsciente, jamás para estructurar el dolo eventual (*Revista de Ciencias Penales*, T. 27, N° 3, pp. 260 y ss.).

2°) Que las circunstancias de hecho fijadas en los motivos 9° y 11° del fallo invalidado dan cuenta que la acusada comete un error de tipo excluyente del dolo del homicidio al creer que al enterar al ofendido éste ya se encontraba muerto, error que por ser vencible, dadas las circunstancias que se dieron por sentadas en el motivo 11° ya señalado, conlleva que la conducta deba ser sancionada sólo a título culposo conforme

a la figura de imprudencia temeraria del artículo 490 N° 1 del Código Penal.

3°) Que, en relación a la determinación del *quantum* de la pena, la sanción asignada por ley al cuasidelito de homicidio del artículo 490 N° 1 del Código Penal, es la de reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios. En la especie favorecen a la encartada dos circunstancias minorantes sin perjudicarle ninguna agravante.

En el supuesto reseñado, el inciso 3° del artículo 68 del Código Penal dispone que “Si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias”. Esta rebaja, como ha sido jurisprudencia uniforme de esta Corte, es facultativa para el tribunal del grado y no imperativa (entre los más recientes, SCS rol N° 68738-16 de 27 de septiembre de 2016 y rol N° 92784-16 de 22 de noviembre de 2016).

Claro esto último, la citada disposición prescribe que la rebaja dependerá de “el número y entidad” de las atenuantes concurrentes. En el caso de estos antecedentes, sólo benefician a la imputada dos minorantes, de los N°s. 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal, por lo que, en cuanto al parámetro legal del “número”, sólo cumple la exigencia mínima de pluralidad para que tenga operatividad el artículo 68 en estudio, de ser más que una.

En lo referido al criterio legal de la “entidad”, para este examen —así como para el relativo a la entidad del daño

causado que se aborda más adelante— se debe estar a lo asentado por los jueces de la instancia, dado que de conformidad al artículo 385 del Código Procesal Penal, en esta parte esos magistrados realizaron una valoración de circunstancias de hecho que esta Corte debe reproducir en su sentencia de reemplazo.

En ese orden, en lo que concierne a la morigerante del N° 6 del artículo 11 del Código Criminal, esto es, “Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable”, fue acogida exclusivamente, como consta en el basamento 15°, por la ausencia de condenas pretéritas en el extracto de filiación y antecedentes de la acusada, requisito básico e imprescindible para reconocer la mitigante en cuestión. En lo tocante a la modificatoria del N° 9 del artículo 11 del mismo código, a saber, “Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos”, ésta se estimó presente, según se lee en el mismo considerando 15°, porque “si bien la acusada no prestó declaración en la audiencia de juicio oral, sí lo hizo en la etapa investigativa aportando antecedentes de relevancia sobre su participación y la sobre la dinámica de los hechos, la cual pudo ser establecida principalmente mediante su relato”. No obstante la relevancia que tiene dicha declaración extrajudicial a juicio de los jueces de la instancia —y que esta Corte ahora no puede desconocer—, debe repararse en que ese testimonio prestado durante la investigación por la acusada no fue reiterado durante el juicio, lo que obedeció precisamente al propósito de que los jueces no considerasen aquella

declaración para su decisión condenatoria, al solicitar la defensa de la imputada, tanto al tribunal de juicio oral como a esta Corte mediante la causal principal del recurso de nulidad, que no se ponderara esa confesión como prueba de cargo, de manera que la entidad de dicha colaboración, así contextualizada, si bien alcanza para dar por concurrente la minorante en examen —como lo estimaron los magistrados del grado—, no basta para estimarla tan importante para justificar la rebaja de grado de pena.

Atendido todo lo anterior, a juicio de esta Corte en favor de la acusada concurre apenas el número mínimo de atenuantes para que pueda tener aplicación la rebaja que dispone el inciso 3° del artículo 68 del Código Penal y, por otro lado, la entidad de dichas minorantes es escasa o menor por las razones arriba explicadas, de lo cual se deriva que esta Corte no hará uso de la facultad que le concede dicha disposición para atenuar la pena en un grado y se mantendrá entonces el marco penal de reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios.

4°) Que, dentro del marco penal antes señalado, conforme al artículo 69 del Código Penal, para determinar la cuantía de la pena deben ponderarse el número y entidad de las circunstancias atenuantes y la mayor o menor extensión del mal producido.

En este caso, en relación al número y entidad de las minorantes cabe remitirse a lo razonado en el basamento precedente y, en lo concerniente a la extensión del mal causado, se estará a lo

establecido por los jueces de la instancia en el razonamiento 17° del fallo –dado que, como se dijo, de conformidad al artículo 385 del Código Procesal Penal, en esta parte los magistrados realizan una valoración de circunstancias de hecho que esta Corte debe reproducir en su sentencia de reemplazo, atendido que esos hechos no fueron objeto del recurso acogido–, esto es, “que el mal ocasionado lo fue en grado sumo. En efecto, la acusada cegó la vida de un hombre, de 66 años, de la forma en que ha quedado establecido, falleciendo producto de una sofocación al ser enterrado cuando aún estaba con vida, según lo relató el perito forense, privándolo del bien jurídico máspreciado, impidiéndole desarrollar cualquier proyecto que éste tuviese, alterando de manera radical la vida de sus dos hijos adultos y de su ex cónyuge, según se desprende de sus relatos y del certificado de atención incorporado por la parte querellante, respecto de Érika Inostroza Contreras, en el que se relatan los efectos que para ella tuvo la pérdida de su padre”.

Así las cosas, en vista del menor número y entidad de atenuantes que se presentan en el caso *sub judice* y, por otra parte, la magnitud del daño ocasionado con el ilícito, se fijará la pena en su máxima cuantía dentro del grado de reclusión menor en su grado mínimo.

5°) Que, atendido lo previsto en el artículo 47 del Código Procesal Penal, y lo dispuesto en el artículo 600 inciso 3° en relación al artículo 593, ambos del Código Orgánico de Tribunales, se eximirá de la condena en costas a la acusada, por encontrarse en prisión

preventiva, presumiéndosele carente de recursos para tales efectos, y al Ministerio Público y la parte querellante por no resultar totalmente vencidos.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 1°, 11 N° 6, 9, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 24, 30, 50, 68, 69 y 409 N° 1 del Código Penal; 1, 36, 45, 46, 47, 49, 282, 295, 296, 297, 309, 319, 323, 328, 329, 333, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 348 y 468 del Código Procesal Penal; se declara:

I. Que se condena a María Audolia Molina Cabezas por su responsabilidad en calidad de autora de cuasidelito de homicidio, previsto y sancionado en el artículo 490 N° 1 del Código Penal, cometido en la persona de Segundo Arístides Inostroza Paredes, el día 21 de marzo de 2015 en la Comuna de El Tabo, a soportar la pena de quinientos cuarenta días de reclusión menor en su grado mínimo, y a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, sin costas.

II. Que la pena privativa de libertad impuesta se tendrá por cumplida con el tiempo que ha permanecido sujeta a la medida cautelar de prisión preventiva en esta causa desde el 21 de septiembre de 2015 al día de hoy, esto es, 540 días. Dése orden inmediata de libertad.

En su oportunidad, comuníquese lo resuelto al Juzgado de Garantía de San Antonio, para todos los efectos legales pertinentes, acorde a lo previsto en los artículos 14 letra f) y 113 inciso segundo, ambos del Código Orgánico de Tribunales.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Juica, quien en consideración a lo expuesto en su disidencia del fallo de nulidad, estuvo por sancionar a la imputada como autora del delito de homicidio en la forma que lo hace el fallo impugnado.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito y de la disidencia su autor.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y Jorge Dahm O.

Rol N° 2882-2017.