

17. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

PARRICIDIO

I. CONCURSO IDEAL DE DELITO. CONCURSO IDEAL HETEROGÉNEO. LA LEY NO EXIGE LA ABSOLUTA NECESIDAD DEL MEDIO EMPLEADO, SINO QUE REQUIERE TAN SOLO QUE RACIONALMENTE SE ENCUENTRE NECESITADO EL ACOMETIDO DE UTILIZAR EL MEDIO EMPLEADO EN VISTA DE LA FORMA O IMPORTANCIA DE LA ACOMETIDA. SUFICIENCIA PROBATORIA PARA ACREDITAR QUE EL CUCHILLO UTILIZADO RESPONDE A LA NECESIDAD RACIONAL DE SU EMPLEO. CUCHILLO UTILIZADO ERA LO ÚNICO QUE PERMITÍA REPELER EN FORMA INMEDIATA Y DIRECTA LA AGRESIÓN. II. ACTO CON DOBLE RESULTADO. EJERCICIO DEL DERECHO A DEFENSA PARA PROTEGER INTEGRIDAD FÍSICA FRENTE A UNA AGRESIÓN ILEGÍTIMA. ACCIÓN DESPLEGADA SI BIEN ES TÍPICA EN TÉRMINOS DE LOS DELITOS DE LESIONES Y HOMICIDIO, NO ES ANTIJURÍDICA

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito consumado de parricidio. Defensa de condenada recurre de nulidad. La Corte de Apelaciones acoge el recurso deducido y dicta sentencia de reemplazo.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (penal)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Antofagasta*

ROL: *Recurso de nulidad penal (acogido)*

PARTES: *Ministerio Público con Fannery Díaz Viveros*

MINISTROS: *Sr. Óscar Clavería G., Myriam del Carmen Urbina P. y Fiscal Judicial Rodrigo Alejandro Padilla B.*

DOCTRINA

I. A propósito de una acción destinada a repeler una agresión ilegítima se produjeron lesiones por cuya gravedad el resultado fue que tres días después la víctima falleció por una sepsis en el hospital, lo que la doctrina ha llamado un concurso ideal heterogéneo. El concurso ideal de delito se ha tratado en la unidad y pluralidad de acciones porque la problemática se evidencia porque se ponen impracticables todos aquellos conceptos pre-jurídicos y ontológicos de la acción que pretenden construir al margen de

la ley con criterios racionales, causales, finalistas o de otra índole. “Estas concepciones obligan a verificar una reducción a los términos legales cuando se da el caso, no infrecuente, en que un sujeto es autor no de un delito, sino de varios”, se ha resaltado desde el primer momento la importancia de los factores normativos legales que determinan el concepto de acción y por ello se hace necesario examinar la hipótesis cuando un sujeto comete varios delitos –José María Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez– (considerando 6º de la sentencia de nulidad).

El razonamiento de Tribunal Supremo Español es preciso y convincente en cuanto “la ley no requiere que entre el ataque y la defensa haya identidad ni siquiera semejanzas de medios, puesto que si así fuera se subordinaría el ejercicio de la defensa a condiciones fortuitas y que lo harían ilusorio en la mayoría de los casos, sino que basta para que el medio sea racional que lo justifiquen la necesidad del momento y la intensidad del ataque en relación con el peligro que corre la integridad personal de quien se defiende... no exige la absoluta necesidad del medio empleado, sino que requiere tan solo que racionalmente se encuentre necesitado el acometido de utilizar el medio que empleó en vista de la forma o importancia de la acometida”; además se señala que este requisito para la debida apreciación requiere atender a cada caso concreto a la verdadera precisión, más o menos relativa según las reglas del criterio racional, del empleo del arma que se utiliza para la defensa, que depende especialmente de la situación creada entre el agresor y agredido. “Para que exista este requisito es imprescindible apreciar en cada caso concreto la verdadera necesidad del medio empleado y que la racionalidad se ha de graduar no solo por las armas empleadas, sino por la situación de inminente y grave peligro en que se encuentre la vida o la integridad personal del agredido” (considerando 9º de la sentencia de nulidad).

Luego, dada las condiciones especiales y específicas en que se encontraba la imputada, no cabe sino concluir que el cuchillo utilizado responde a la necesidad racional de su empleo, porque para ejercer su derecho a defensa era lo único que le permitía repeler en forma inmediata y directa la agresión de que estaba siendo objeto sobre todo con la historia anterior que debió deformar su pensamiento sobredimensionando la situación (considerando 10º de la sentencia de nulidad)

- II. *(Sentencia de reemplazo) Teniendo presente la construcción lógica de tratarse de un acto con doble resultado en donde se ha ejercido el derecho a defensa con el objeto de proteger la integridad física de su persona frente a una agresión ilegítima y sin que haya precedido una provocación suficiente por parte de la imputada, no cabe sino estimar que concurre una circunstancia que exime de responsabilidad criminal y, por lo tanto, la acción desplegada si bien es típica en términos de los delitos de lesiones y*

homicidio, no es antijurídica haciendo desaparecer el ilícito por una causa de justificación. Las circunstancias de este eximente deben concurrir en un solo acto y estar íntimamente vinculadas entre sí con la propia defensa, de modo que la provocación preceda inmediatamente a la agresión, como asimismo el medio empleado surja en la inmediatez de la situación con el objeto de permitir el derecho a la defensa de la vida o integridad física de la persona (considerandos 2° y 3° de la sentencia de reemplazo).

Cita online: CL/JUR/6764/2019

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 10 N° 4, 14 N° 1, 15 N° 1, 390 del Código Penal.

LA NECESIDAD RACIONAL COMO LÍMITE MÁS AMPLIO QUE LA PROPORCIONALIDAD

DIVA SERRA CRUZ
Universidad de Chile

No obstante el recurso de nulidad interpuesto por la defensa en el caso comentado se funde en la causal de errónea aplicación de derecho, en relación a dos normas del Código Penal (CP), esto es, el artículo 7°, y el artículo 10 N° 4, nuestro análisis versará solo sobre el segundo problema, por constituir el núcleo central del pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que contrariamente al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la misma ciudad (TJOP), reconoce a favor de la imputada recurrente la causal de justificación de legítima defensa. La infracción de derecho no recaería en la totalidad del artículo 10 N° 4, sino simplemente sobre la circunstancia segunda que consiste en la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima, pues tanto dicha agresión, como la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende, sí fueron consideradas como circunstancias acreditadas en la sentencia recurrida.

Tal como explican los ministros de la Corte de Apelaciones en el considerando cuarto, los jueces del TJOP fijaron determinados hechos adicionales que deben ser considerados para la calificación jurídica, pues se trata de un recurso de derecho estricto, que no admite discusión de los mismos, dentro de los cuales encontramos la afirmación de que la lesión principal sufrida por la víctima habría sido causada por una puñalada con un cuchillo en la zona abdominal, lo que habría requerido una energía de mediana a mayor intensidad, cuestión que habría permitido asumir que la acción de la acusada habría estado dirigida

a matar en la medida que de no haber buscado el resultado mortal a lo menos estuvo en condiciones de prever y representarse su ocurrencia, pues utilizó un cuchillo cocinero de considerables dimensiones (26 cms. de hoja), introduciéndolo en una zona del cuerpo donde conocidamente existen órganos importantes, ocasionándole heridas cortopunzantes penetrantes en la zona abdominal de carácter grave, necesariamente mortales con atención médica, aun siendo oportuna y eficaz, es decir, capaces de provocar la muerte como consecuencia directa del daño visceral primario, aun cuando la muerte –en concreto– se haya producido tres días después como consecuencia de una sepsis que el TJOP califica como secundaria a la herida penetrante, reafirmando el indubitado nexo causal entre el comportamiento de la inculpada y el resultado obtenido (Considerando 4º, N° 3).

Sin embargo, y entrando en una –al menos– aparente contradicción, el TJOP indica que también se considera “*factible la versión de la acusada* en orden a que fue agredida por el occiso” (Considerando 4º, N° 5), y da por acreditado el hecho de que la víctima ofuscado porque ella habría permanecido en una fiesta por más tiempo que él, y encontrándose en estado de ebriedad cuando ella volvió a la casa, “comenzó a agredirla verbal y físicamente, tomándola del pelo y propinándole golpes con sus manos y pies, a raíz de lo cual la encausada para *repeler el ataque* sacó un cuchillo que se encontraba guardado en un mueble, para luego con él asestarle un corte en el brazo derecho a la víctima, seguida de una puñalada en el abdomen que le provocó una herida, producto de la cual debió ser trasladado al hospital” (Considerando 5º de la sentencia de nulidad, 9º de la sentencia recurrida).

La aparente contradicción, se da porque por un lado parece reconocerse la existencia de una agresión ilegítima de la víctima a la acusada, que incluye haberla tomado del pelo y haberle dado golpes de manos y pies, y una defensa por parte de ella destinada a repeler el ataque, pero por otro, se niega la configuración a su favor de la causal de justificación de legítima defensa, al considerar que no existiría necesidad racional del medio al emplear un cuchillo de dimensiones considerables y enterrarlo en una zona del cuerpo delicada, cuestión que intenta resolver la Corte de Apelaciones de Antofagasta, y que resuelve en la práctica al reconocer dicha eximente a favor de la acusada, gracias a la plausible inclusión en la discusión de la categoría del concurso ideal heterogéneo, pero que creemos podría haber sido resuelta únicamente mediante la discusión profunda de los elementos fundantes de la justificante de legítima defensa.

La categoría de concurso ideal heterogéneo subsana el problema y permite reconocer a la Corte de Apelaciones de Antofagasta la necesidad racional del medio empleado y, en consecuencia, la existencia de legítima defensa por parte de la imputada, porque al establecer que se trata de un caso en el que una misma acción lesiona varios y distintos preceptos penales, cuestión que de acuerdo

al razonamiento de la sentencia de nulidad aparecería nítidamente en el fallo recurrido que al fijar los hechos se referiría a dos resultados que lesionen preceptos legales distintos, por un lado, las “lesiones causadas por la encartada” y por otro “la muerte a causa de una sepsis de origen abdominal” (Considerando 7°), le permite revalorar la necesidad racional del medio empleado mediante una reconsideración de la acción típica.

El razonamiento de la Corte no es sencillo, pues como lo entendemos, recurre a la teoría del concurso ideal heterogéneo para separar lógicamente la muerte como resultado de la acción de la acusada, indicando que las lesiones se habrían producido en un contexto de ofuscación y celos con agresión verbal y física tomándola del pelo y propinándole golpes con su mano y pie, y la acusada *-para repeler el ataque-* habría sacado un cuchillo guardado en un mueble para luego con él asestarle un corte en el brazo a la víctima, seguida de una puñalada en el abdomen, situación que constituiría una acción típica del art. 397 CP, pero no antijurídica, pues de acuerdo a los demás elementos de juicio¹, no sería posible deducir lógica y jurídicamente un dolo mayor que el de lesionar y en tal condición el arma parece proporcional y racional para repeler la agresión de que había sido objeto, es decir, descartar el dolo homicida por parte de la acusada, es la razón determinante para aceptar que su defensa si satisface el estándar de necesidad racional del medio empleado, sin entrar a discutir el sentido y alcance de dicha circunstancia legal, cuestión que nos parece relevante hacer en este comentario, pues creemos el problema podría haber sido resuelto solo gracias a dicha institución jurídica, sin recurrir a la teoría de concursos.

Ahora bien, antes de discutir en específico sobre los requisitos para considerar configurada una de las circunstancias de la legítima defensa, es importante que dediquemos algunas breves líneas a explicar en términos generales qué es la antijuridicidad, y las causales de justificación, en particular la legítima defensa, para obtener elementos de juicio que nos orienten en la ponderación de los hechos y cómo los mismos influyen en la institución jurídica analizada. El análisis de antijuridicidad suele seguir al análisis de tipicidad, pues la confirmación de un hecho como típico es indicio de su antijuridicidad², pero no equivale a su confirmación, pues para determinar si una conducta típica es también antijurídica,

¹ Esos demás elementos de juicio serían, de acuerdo a lo explicado en el considerado séptimo, la diferencia de sexo, el lugar donde se encontraba, independientemente que pudo pedir ayuda, en la forma que se establecieron los hechos el arma utilizada ni siquiera estaba a la vista sino guardada en un mueble o sea estaba en un sector de la casa que le permitió obtenerla y dado el corte en el brazo y una puñalada de no grandes dimensiones.

² POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal. Parte General*, (Santiago, 2004), p. 209.

tendremos que “comprobar su incompatibilidad con el ordenamiento jurídico”³, es decir, su conformidad o contrariedad con el derecho, pues existen conductas que no obstante ser típicas, se encuentran justificadas porque hay ausencia de interés, como sería el caso del consentimiento de la víctima, o porque existe un interés preponderante, como es el caso de la legítima defensa⁴, lo que nos lleva a afirmar que la antijuridicidad equivale a la dañosidad social de la conducta, o de acuerdo a concepciones más estrictas, a la concepción legal de dañosa de la conducta⁵.

La legítima defensa excluye la antijuridicidad basándose en la idea de “el derecho no está en situación de soportar lo que es injusto”⁶, razón por la cual se pone en primer plano la necesidad racional y no la idea de proporcionalidad⁷. Sin embargo, en la medida que la legítima defensa se funda en el derecho que tiene toda persona a defenderse, dicha defensa no puede ser irrestricta y requiere del criterio de la necesidad racional⁸, que actúa como límite, tal como reconoce el CP chileno, siguiendo en esto al CP español⁹, a diferencia de otras legislaciones que sí han exigido como requisito la proporcionalidad, en lugar de la necesidad racional del medio empleado¹⁰, lo que no implica que no exista en Chile una exigencia de proporcionalidad, sólo que dicha exigencia no se encuentra en primer plano.

Podemos entonces referirnos a la necesidad racional del medio empleado como requisito para configurar la legítima defensa, pues parece quedar bastante

³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal II. Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, (Madrid, 1999), p. 99.

⁴ Para un análisis más profundo de la antijuridicidad, que incluye la distinción entre antijuridicidad formal y material, y expone las diferencias entre teorías subjetivas y objetivas de la misma, se puede consultar en la doctrina chilena: ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Tomo I, Parte General*, (Santiago, 1997), p. 229 y ss.

⁵ ETCHEBERRY, Alfredo, ob. cit., p. 233.

⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, ob. cit., p. 121.

⁷ Ídem.

⁸ Ídem.

⁹ El artículo 20 N° 4 de dicho cuerpo legal es prácticamente idéntico al art. 10 N° 4 del CP chileno, y se refiere también como segundo requisito a la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima.

¹⁰ Véase en este sentido el Código Penal italiano que en su art. 52 establece que “no es punible quien ha cometido el hecho, por haberse encontrado obligado por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra el peligro actual de una ofensa injusta, siempre que la defensa sea proporcionada a la ofensa (*Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere(1) un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale(2) di un’offesa ingiusta(3), sempre che la difesa sia proporzionata all’offesa*)”.

claro que sí existe por parte del agresor original una agresión ilegítima, y –aun sin que se haga una referencia expresa– parece haberse aceptado el hecho de que existiría también falta de provocación de la acusada, quien no había hecho nada más que permanecer en una fiesta más tiempo que su conviviente, para posteriormente volver al hogar, cuestionando simplemente el estándar de necesidad racional del medio empleado al haber utilizado un cuchillo hiriendo a la víctima en el abdomen.

Teniendo presente lo anterior, es importante desarrollar ahora un análisis más profundo acerca de en qué consiste el requisito cuestionado, pues nos parece que la configuración del mismo no puede agotarse en relación al medio en sí, sino que debe extenderse también a las características de la defensa, razón por cual debería ser en realidad formulado como “necesidad racional de la manera de defenderse”¹¹, teniendo siempre a la vista cómo y en qué medida la defensa debe ser proporcional al ataque, y si opera o no un criterio de subsidiariedad en la legítima defensa.

En la doctrina nacional, Etcheberry considera que son tres los factores que deberían examinarse para determinar si hay o no necesidad racional, cuales son, la naturaleza del ataque, la índole del bien atacado, y las restantes posibilidades de salvarlo¹², que en conjunto, nos otorgarían algunas claves de solución, pues el ataque debe haber sido a algún bien de particular relevancia para autorizar la reacción defensiva, como habría ocurrido en los hechos materia del fallo comentado, pero aparentemente en opinión de los sentenciadores del TJOP, existiría una suerte de *exceso intensivo*, pues aun cuando reconozcan que la acusada actuó para repeler una agresión ilegítima, el haber utilizado un cuchillo en el abdomen del agresor originario, ha impedido que se configure la causal de justificación.

Razonamiento rechazado solo parcialmente por los tribunales superiores, pues en lugar de considerar que repeler el ataque en los términos acreditados satisfaría las exigencias de la causal, porque existiría en el caso concreto necesidad racional del medio empleado, utilizan la categoría del concurso ideal heterogéneo para separar la acción con resultado de lesiones, del resultado de muerte, y solo ahí, pondera la reacción como racionalmente necesaria, sin hacer un examen más profundo de proporcionalidad, y subsidiariedad, e imponiendo –sin decirlo expresamente– una categoría subjetiva en la legítima defensa, como si el dolo de matar defensivo excluyera la posibilidad de la justificante, cuestiones que analizaremos por separado.

Comenzaremos por el problema de la subsidiariedad, indicando que no nos parece que pueda rechazarse absolutamente la idea de subsidiariedad, sino más

¹¹ ETCHEBERRY, Alfredo, ob. cit., p. 254.

¹² Tesis seguida por ETCHEBERRY, Alfredo, ob. cit., p. 254.

bien que debería aceptarse una concepción de la misma entendida como mínima en lugar de extrema, lo que implicaría reconocer que no es exigible recurrir a medios menos lesivos cuando ello suponga una relevante disminución de las posibilidades de éxito de la defensa o cuando estos no aseguren una rápida y definitiva evitación del peligro amenazante¹³, pero que no debería permitir la autorización para defenderse de cualquier agresión en cualquier modo, pues la necesidad racional del medio empleado, debe operar siempre como límite a la defensa, razón por cual compartimos la opinión en virtud de la cual se aceptaría que si existen medios alternativos de solución se podría recurrir al más lesivo de ellos, salvo que de ello derivara un resultado excesivamente desproporcionado¹⁴.

La última afirmación del párrafo anterior nos permite introducirnos en el problema de la proporcionalidad, en relación a la racionalidad de la reacción, pues como hemos afirmado, el hecho de poner la necesidad racional en primer plano no significa negar espacio a cierta proporcionalidad entre la agresión y la defensa. Algunos autores han entendido que defensa “racional” implica exactitud matemática, cuestión que no compartimos, pues deben ser tenidas a la vista las circunstancias del ataque, la naturaleza, la hora, las posibilidades de defensa¹⁵, pues en medio de una agresión es difícil hacer un examen sereno y objetivo de todas las condiciones para reaccionar de un modo u otro, cuestión que probablemente sucedió en el caso particular y no ha sido considerada ni por los jueces del TJOP ni por los jueces de la CA, quienes, en lugar de legitimar la reacción de la acusada como racional atendidas las circunstancias del caso, aun cuando haya existido un resultado de muerte, excluyen el dolo de matar para acomodarse la exigencia legal.

Con ese razonamiento, la CA parece construir una exigencia que no ha sido prescrita por la ley, esto es, que la legítima defensa exige cierto ánimo, o más bien que determinado ánimo, en este caso el dolo de matar *defensivo*, excluiría la configuración de la legítima defensa, cuestión que ha sido negada de manera reiterada por la doctrina, y ratificada por un dato legislativo concreto presente en el art. 10 N° 6 que regula la legítima defensa de terceros, indicando que el que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, no debe actuar *impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo*, es decir, cuando el legislador

¹³ BALDO LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, (Madrid, 1994), p. 311.

¹⁴ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, ob. cit., p. 220, donde los autores explican que la mayoría de la doctrina nacional rechaza la idea de la subsidiariedad en la legítima defensa.

¹⁵ ETCHEBERRY, Alfredo, ob. cit., p. 256.

quiso poner un límite a la legítima defensa por actuar con un ánimo específico lo hizo expresamente, razón por la cual en el caso de la legítima defensa propia, la necesidad racional del medio empleado no debe determinarse en relación al dolo del autor, sino de modo objetivo atendidas las circunstancias y teniendo a la vista los criterios aquí esgrimidos.

Un ulterior criterio de análisis puede ser recabado de la doctrina italiana, ahí donde aún exigiéndose expresamente la proporcionalidad en la norma y, por lo tanto, la necesidad de verificar “una relación de efectiva proporcionalidad entre el bien defendido y el bien ofendido”¹⁶, cuestión que obstaculizaría la legitimación de los excesos en la defensa, se toleran módicas desproporciones¹⁷.

Para concluir, quisiéramos reiterar la idea de que el estándar de la necesidad racional del medio empleado, implica un criterio de algún modo más laxo que la proporcionalidad en sentido estricto, pues permite poner en el medio de la discusión otros factores de análisis vinculados con el contexto que legitimarían la reacción defensiva incluso si no se tratara del único método de defensa disponible, caso en el cual creemos resulte razonable no negar absolutamente la subsidiariedad, como hace por ejemplo, parte de la doctrina italiana al reconocer el *commodus discessus* como un impedimento a la configuración de la causal de justificación, o alguna doctrina chilena que cree que ante un ataque injusto siempre la defensa será legítima, sino como subsidiariedad mínima, que implica analizar también la proporcionalidad, descartando la configuración del requisito cuando se llegue a resultados excesivamente desproporcionales, pero que no impide que exista cierta desproporcionalidad, pues el interés dañado no puede ser mucho mayor que el interés defendido¹⁸, osea puede ser mayor, pero no de modo sustancial.

¹⁶ FIORELLA, Antonio, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, (Torino, 2018), p. 449.

¹⁷ FIORELLA, Antonio, ob. cit., p. 449.

¹⁸ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, ob. cit., p. 220.

CORTE DE APELACIONES:

Antofagasta, a veintidós de noviembre de dos mil diecinueve.

VISTOS:

En estos autos, Rol Ingreso Corte 409-2019, por sentencia definitiva dictada el quince de septiembre de dos mil diecinueve, en causa RIT O-253-2019,

RUC 1801072706-1 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, se llevó a efecto la audiencia para conocer el recurso de nulidad deducido por el defensor penal público de migrantes y extranjeros de Antofagasta, en representación de Fannery Díaz Viveros, que condenada a la pena de cinco años y

un día de presidio mayor en su grado mínimo y a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante el tiempo de la condena como autora del delito consumado de parricidio, perpetrado en esta ciudad, en perjuicio de Yony Escobar Gil, el día 29 de octubre de 2018.

Comparecieron en estrados el defensor penal público Hugo León Saavedra, por el recurso; y contra el mismo, por el Ministerio Público la abogada asesora Ximena Torres Baeza, quedando sus alegaciones registradas en el sistema de audio.

CONSIDERANDO:

Primero: Que se ha interpuesto recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada en el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta por la defensoría penal pública de migrantes y extranjeros en favor de Fannery Díaz Viveros que la condenó a cinco años y un día como autora del delito de parricidio cometido en esta ciudad el 29 de octubre del año 2018, pidiendo la nulidad de la sentencia y la dictación de una que la reemplace conforme a la ley es decir absolutoria por estar justificado su actuar o una condena de presidio menor en su grado máximo con la pena sustitutiva de expulsión del territorio nacional.

El recurso se funda en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por una errónea aplicación de los artículos 7° y 10 N° 4 del Código Penal, desde que, a propósito del hecho establecido se condenó a la imputada

por el delito de parricidio sin considerar la eximente de responsabilidad penal por tratarse de una causal de justificación legítima que permitió al ofensor repeler la agresión, pues concurrieron los tres requisitos de la legítima defensa. El medio empleado racional desconocido por los sentenciadores se postula por la defensa que supone la exigencia de razonabilidad del defensor para comparar su conducta en cuanto a la forma y los medios a que podía esperarse, por lo que la respuesta debe estar vinculada a la intensidad del ataque al bien jurídico, lo que es relevante porque el punto de discusión se centró justamente en la necesidad del medio empleado por su defendida quien efectivamente pudo haber utilizado los puños o haber arrancado del lugar, pero no tuvo otra opción porque se corrobora en el examen pericial de ADN realizado al cuchillo, que en el mango del mismo no es posible encontrar muestras, las que solo se hallaron en la hoja del cuchillo que correspondían tanto a la víctima como a la imputada, haciendo así verosímil su relato en cuanto se tomó el cuchillo por ambos y al forcejear ella procede a apuñalar a su ex conviviente, lo que quedó demostrado con la prueba de cargo, especialmente cuando se reconoce a la acusada la atenuante del artículo 11 N° 9, puesto que ella permitió el ingreso al domicilio donde habría ocurrido la muerte entregando voluntariamente el arma homicida sin alterar el sitio del suceso, además que no fue detenida en flagrancia sino tres días después de ocurrido el hecho.

Como segundo aspecto reclama la errónea aplicación del artículo 7° del Código Penal al dar por establecido el delito consumado ya que la muerte pudo haberse evitado con socorros médicos oportunos y eficaces, lo que quedó reflejado en el voto de minoría en cuanto se trata solo de una probabilidad debiendo analizarse la potencialidad mortal, lo que no se explicó en el juicio, pero sí se lee en el informe porque de haberse resecado oportunamente un segmento del ileon que comprendiera todas las heridas internas abiertas hacia la cavidad, se daba el presupuesto para controlar la infección, por lo tanto, hay una duda razonable en cuanto aparentemente el resultado mortal no era ansiado en forma directa por la imputada y con las atenuantes reconocidas la determinación de la pena habría sido sustancialmente más baja, por lo que se concluye que estos errores influyen en el dispositivo del fallo debiendo anularse la sentencia y dictarse una nueva, que reemplazándola la absuelva por existir una causa de justificación o bien la condene a una pena menor.

Segundo: Que el Ministerio del Interior hizo presente que independientemente de los fundamentos del recurso solo concurre para los efectos de la eventual modificación de la pena que acarrea la expulsión de la extranjera en cuyo caso solicita mantenerla en resguardo en Gendarmería de Chile con el objeto de ejecutar eficientemente dicha sanción, disponiéndose los oficios pertinentes para información y cumplimiento de la decisión.

Tercero: Que el Ministerio Público solicitó el rechazo del recurso porque el fallo de mayoría estableció con claridad la improcedencia de la legítima defensa en la medida de que dadas las condiciones y circunstancias acreditadas el arma utilizada no constituía un medio racional empleado y que independientemente del voto de minoría lo cierto es que a la consulta efectuada sobre la posibilidad de la concurrencia de un concurso ideal, sostuvo su improcedencia porque el dolo de homicida fue directo y comprobado de acuerdo al razonamiento de los jueces, sin que pueda determinarse con claridad lo sostenido por la defensa en cuanto con medios idóneos pudo haberse evitado la muerte. Sostiene que la pena está bien aplicada y la sanción se corresponde al juego de las agravantes y atenuantes.

Cuarto: Que previo a resolver, dada las características y naturaleza de la causal invocada, independientemente del considerando donde quedaron fijados los hechos establecidos y que se reproducirá más adelante, lo cierto es que durante el desarrollo de la sentencia de mérito los jueces de fondo además agregaron ciertos hechos que exige considerarlo para los efectos de su calificación jurídica. A saber:

1.- Según el considerando décimo se estableció que entre la acusada y víctima existía una relación de convivencia.

2.- En el considerando undécimo, página 26 se sostiene que “se trataba desde un inicio de lesiones graves, necesariamente mortales sin atención médica y potencialmente mortales con

ella, aun siendo los socorros médicos oportunos y eficaces”, por la conducta del hechor, iba dirigida a matar a la víctima.

3.- Los testimonios concordantes (página 41) con los dichos de la acusada “deben vincularse con los hallazgos y evidencias encontradas en el sitio del suceso, así como de las conclusiones del médico legista en cuanto a la clase de lesiones que presentaba el cadáver y el elemento utilizado para ocasionarlas -un arma corto punzante tipo cuchillo como el que fue entregado por la encausada el cual además se comprobó tenía rastros de sangre de la víctima-, probanza que en su conjunto por su consistencia y coherencia existente entre ellas, permiten justificar, más allá de toda duda razonable que la lesión principal sufrida por el occiso Yony Escobar Gil fue causada por una puñalada propinada con un cuchillo por su conviviente la acusada Fannery Díaz Viveros, en la zona abdominal provocando una herida penetrantes y hipogástrica (sic) con perforación de viseras que según el Comisario Vega Barrera basado en un espertiz habría penetrado al menos unos 5 cms. la cavidad abdominal, requiriendo una energía de mediana a mayor intensidad, de manera tal que la acción de la acusada estuvo dirigida a matar en la medida que de no haber buscado el resultado mortal a lo menos estuvo en condiciones de prever y representarse su ocurrencia, atendida la agresión que desplegó en contra de la víctima con un cuchillo cocinero de considerables dimensiones, 26 cms. de hoja, y la zona del cuerpo en que lo

introdujo -abdominal bajo el ombligo donde conocidamente existen órganos importantes como el estómago, el páncreas y los intestinos cuya lesión puede provocar la muerte en comparación con otras partes corporales como las extremidades, cuyas lesiones por lo general son susceptibles de recuperación sin conducir a un resultado fatal-, ocasionándole en definitiva heridas cortopunzantes penetrantes en la zona abdominal con perforación del ileon (sección del intestino delgado) de carácter grave, necesariamente mortales con atención médica, aun siendo oportuna y eficaz, es decir, capaces de provocar la muerte por sepsis como consecuencia directa del daño visceral primario, como lo estableció categóricamente el médico legista en el numeral 5 de las conclusiones e informe de autopsia, resultado que precisamente aconteció falleciendo la víctima al tercer día tras haber sido intervenido quirúrgicamente en dos ocasiones, por una sepsis de origen abdominal secundaria a la herida penetrantes con perforación ileon, existiendo de este modo indubitadamente un nexo causal entre el comportamiento de la inculpada y el resultado obtenido, vale decir, la muerte de su conviviente.”

4.- Además las páginas 48 y siguientes del considerando duodécimo encontrándose creíble la versión de la acusada porque era concordante y armónica con otros elementos probatorios se estimó cierto como hecho establecido “en cuanto a que cuando llegó a su casa después de la fiesta, su pareja que estaba en estado de ebriedad

y enfurecido por los celos y porque su mujer había decidido quedarse hasta más tarde en la celebración donde habían otros hombres, la agredió físicamente, puesto que resulta perfectamente plausible que la haya increpado con insultos, la haya tomado del pelo tirándola al suelo dándole golpes en la cara con las manos, pues la imputada señalaba que se tapaba el rostro para evitar que le pegara en él”.

5.- También se estimó “factible la versión de la acusada en orden a que fue agredida por el occiso, más aún si el mismo día de los hechos le contó a Robinson Caicedo y a María Constanza Saavedra, que producto de un conflicto que tuvo con Yony éste la agredió y ella se defendió dándole una puñalada, señalándoles que se encontraba golpeada y adolorida y al menos al primero le mostró que tenía lesiones en los brazos que éste describió como manchas negras y que tenía marcas en el cuello.

Por último, no existe motivo alguno para dudar de los dichos de la imputada sobre el tópico en cuestión, puesto que los mismos policías indicaron que en el hospital estaba muy afectada por la muerte de su conviviente, y desde un principio se mostró llana a colaborar y aportar la mayor cantidad de detalles y elementos para aclarar su muerte, no habiéndose propuesto por los investigadores ninguna otra hipótesis o móvil en relación con la agresión que Fannery Díaz le propinó a su pareja. Por consiguiente, se estima que en esta parte la teoría de la defensa tiene sustento, por cuanto la declaración de la acusada es coherente y congruente con

la prueba de cargo y resulta verosímil lo sostenido por ella en orden a que el día de los hechos, dado el contexto y por las razones que se han latamente explicitado, existió una agresión ilegítima por parte del occiso en contra de la acusada, de carácter real, actual e inminente”.

6.- El hecho acreditado para los jueces según se expuso en el considerando decimoséptimo (página 61) y en el considerando decimotercero a propósito del análisis de la participación de la imputada (página 55) en cuanto la víctima fue quien jugó el rol principal para trasladarlo al hospital incluso tuvo que acudir a un lugar cercano y encontrar, según lo que se expresa, “un hombre de buen corazón”. Especialmente también se acuñó como hecho acreditado que la víctima en forma inicial había señalado como motivo ese día un asalto.

Quinto: Que además de los reseñados los jueces de mayoría establecieron lo siguiente en el considerando noveno:

“*Noveno:* Que, ponderados con libertad los medios de prueba producidos en el juicio oral por el Ministerio Público, a los cuales se adhirió la defensa sin ofrecer prueba propia, conforme a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, se ha formado convicción, más allá de toda duda razonable, que se dieron por acreditados los siguientes hechos:

“El día 29 de octubre de 2018, en horas de la madrugada, la acusada Fannery Díaz Viveros, luego de haber participado en una fiesta en una casa vecina, llegó a su domicilio ubicado

en Campamento Futuro, casa N° 95, de esta ciudad, donde se encontraba su conviviente, la víctima Yony Escobar Gil -quien se había retirado de la misma fiesta un rato antes-, el cual se encontraba en estado de ebriedad y al ingresar la acusada al dormitorio, ofuscado porque su pareja se había retirado más tarde de la casa de sus vecinos y celoso de los hombres que participaban de la celebración, comenzó a agredirla verbal y físicamente, tomándola del pelo y propinándole golpes con sus manos y pies, a raíz de lo cual la encausada para repeler el ataque sacó un cuchillo que se encontraba guardado en un mueble, para luego con él aserrarle un corte en el brazo derecho a la víctima, seguida de una puñalada en el abdomen que le provocó una herida abdominal hipogástrica, una herida del íleon y otras lesiones internas viscerales, siendo trasladada la víctima al Hospital Regional de Antofagasta, ingresando a la unidad de urgencia a las 7:35 horas, donde fue intervenido en dos ocasiones, quedando hospitalizado hasta el día 1 de noviembre, fecha en que se produjo su muerte a causa de una sepsis de origen abdominal, secundaria a herida cortopunzante penetrante con perforación del íleon, a consecuencia de las lesiones causadas por la encartada”.

Sexto: Que desde ya puede apreciarse que a propósito de una acción destinada a repeler una agresión ilegítima se produjeron lesiones por cuya gravedad el resultado fue que tres días después la víctima falleció por una sepsis en el hospital, lo que la doctrina ha llamado

un concurso ideal heterogéneo porque “la misma acción o bien (sic) lesiona varios y distintos preceptos (leyes) penales (concurso ideal heterogéneo)” (Derecho Penal parte general Tomo II Claus Roxin. Thomas Reuters-Civitas 2014, página 941).

El concurso ideal de delito se ha tratado en la unidad y pluralidad de acciones porque la problemática se evidencia porque se ponen impracticables todos aquellos conceptos pre-jurídicos y ontológicos de la acción que pretenden construir al margen de la ley con criterios racionales, causales, finalistas o de otra índole. “Estas concepciones obligan a verificar una reducción a los términos legales cuando se da el caso, no infrecuente, en que un sujeto es autor no de un delito, sino de varios”, se ha resaltado desde el primer momento la importancia de los factores normativos legales que determinan el concepto de acción y por ello se hace necesario examinar la hipótesis cuando un sujeto comete varios delitos (José María Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez. Derecho Penal Español. Parte General, Decimoquinta edición. Dykinson Madrid 1992, página 847).

Séptimo: Que conforme a los hechos establecidos por los jueces de fondo, no cabe duda que se ha producido un concurso ideal heterogéneo, sobre la calificación jurídica de una acción que generó dos resultados, vinculados entre sí pero que requieren ser analizados a la luz de los principios y las reglas del Derecho Penal.

La acción dio como primer resultado a propósito, de la discusión en los

términos reconocidos por los jueces con una víctima varón, en estado de ebriedad y que intentaba agredirla, por lo que la imputada toma un cuchillo de dimensiones considerables y después de hacerle un rasguño en el brazo en una posición no muy clara, pero sí a consecuencia de esta discusión y agresión, le entierra el arma en unos cinco centímetros en el estómago, lo que significó que momentos después haya sido trasladado al hospital, siendo acompañado incluso por otras personas —sin que a lo menos haya algún antecedente que la imputada se haya opuesto, sino más bien cooperado con este traslado—, y allí, en el centro hospitalario, al tercer día fallece a consecuencia de una infección no controlada de la herida inferida y que a juicio de los sentenciadores no influye, porque su muerte se produjo “a causa de una sepsis de origen abdominal secundaria a herida cortopunzante penetrante con perforación el ileon a consecuencia de las lesiones causadas por la encartada”, por lo tanto, desde la fijación de los hechos aparece nítidamente separada, los dos resultados que lesionan distintos preceptos legales. Al decir de los jueces de mérito “lesiones causadas por la encartada” y la “muerte a causa de una sepsis de origen abdominal”.

En suma, el análisis para la correcta calificación jurídica de los hechos a la luz de lo informado por la doctrina en términos generales, ha de entenderse que las lesiones ocasionadas se producen en un contexto, como señalan los jueces de ofuscación y celos con agresión verbal y física tomándola del pelo

y propinándole golpes con su mano y pie y para repeler el ataque “sacó un cuchillo que se encontraba guardado en un mueble y para luego con él asesarle un corte en el brazo derecho de la víctima, seguida de una puñalada en el abdomen”, situación que constituye claramente una acción típica en cuanto hiere a la víctima en los términos del artículo 397 del Código Penal, pero no completa los presupuestos del delito en cuanto se prescinde de la antijuricidad, porque concurre una causa de justificación que la hace desaparecer en la medida que de acuerdo a las condiciones existentes, la diferencia de sexo, el lugar donde se encontraba, independientemente que pudo pedir ayuda, en la forma que se establecieron los hechos el arma utilizada ni siquiera estaba a la vista sino guardada en un mueble o sea estaba en un sector de la casa que le permitió obtenerla y dado el corte en el brazo y una puñalada de no grandes dimensiones, no es posible deducir lógica y jurídicamente un dolo mayor que el de lesionar y tal condición el arma parece proporcional y racional para repeler la agresión de que había sido objeto.

Respecto del resultado de muerte, según lo expresado por los jueces la imputada en el hospital estaba muy afectada por la muerte de su conviviente (páginas 55 y 61 referidas en el número 6 del considerando cuarto precedente), lo que hace desaparecer el dolo directo y subsecuentemente el parricidio que exige una culpabilidad mayor dada la naturaleza y característica del tipo penal en cuanto confluyen

presupuestos de relaciones humanas conocidas y que son determinantes para el móvil de la muerte, por lo tanto, desde ya desaparece el parricidio y el concurso ideal en los resultados lesivos típicos debe resolverse como un todo, a partir de lo cual la racionalidad del medio empleado aparece adecuado conforme a las condiciones específicas de los hechos establecidos.

Octavo: Que para analizar el razonamiento precedente es conveniente referirse al Tribunal Supremo Español que aparece en “Doctrina Penal del Tribunal Supremo Tomo Primero (Manuel Rodríguez Navarro. M. Aguilar editor 1947) en cuanto se indica “que si el procesado se lanzó contra el interfecto y le derribó en tierra, infiriéndole en esta posición las lesiones que por accidente posterior produjeron su muerte en el mismo instante sentirse herido a consecuencia del disparo que repentinamente y a corta distancia le hizo aquél al salir el recurrente de la taberna, después de haber sido herido anteriormente en la cabeza, con una piedra que le arrojó, es evidente que ejerció el derecho natural de defensa contra una agresión ilegítima, que no provocó por su parte, como estima el tribunal sentenciador, y que también empleó un medio racional para repelerla, puesto que la índole y gravedad de dicha agresión permite creer fundamentalmente en la necesidad que tuviese el herido de utilizar al agresor para no ser su víctima si le dejaba en disposición de ataque de nuevo” (página 271); es decir que el medio racional empleado debe ponderarse a partir del derecho natural

de defensa en la situación particular con el objeto de repeler inmediatamente la agresión ilegítima de manera que no es posible exigirle a la imputada que acudiera a otros medios dada la situación de inmediatez en la agresión ilegítima ya establecida por los jueces de mérito y que se complementaba en su intensidad con la historia de agresiones anteriores.

Noveno: Que por lo indicado en el considerando precedente el razonamiento de Tribunal Supremo es preciso y convincente en cuanto “la ley no requiere que entre el ataque y la defensa haya identidad ni siquiera semejanzas de medios, puesto que si así fuera se subordinaría el ejercicio de la defensa a condiciones fortuitas y que lo harían ilusorio en la mayoría de los casos, sino que basta para que el medio sea racional que lo justifiquen la necesidad del momento y la intensidad del ataque en relación con el peligro que corre la integridad personal de quien se defiende... no exige la absoluta necesidad del medio empleado, sino que requiere tan solo que racionalmente se encuentre necesitado el acometido de utilizar el medio que empleó en vista de la forma o importancia de la acometida” (página 472); además se señala que este requisito para la debida apreciación requiere atender a cada caso concreto a la verdadera precisión, más o menos relativa según las reglas del criterio racional, del empleo del arma que se utiliza para la defensa, que depende especialmente de la situación creada entre el agresor y agredido. “Para que exista este requisito es imprescindible

apreciar en cada caso concreto la verdadera necesidad del medio empleado y que la racionalidad se ha de graduar no solo por las armas empleadas, sino por la situación de inminente y grave peligro en que se encuentre la vida o la integridad personal del agredido” (página 474).

Décimo: Que en suma dada las condiciones especiales y específicas en que se encontraba la imputada según dejaron sentado los sentenciadores, no cabe sino concluir que el cuchillo utilizado responde a la necesidad racional de su empleo, porque para ejercer su derecho a defensa era lo único que le permitía repeler en forma inmediata y directa la agresión de que estaba siendo objeto sobre todo con la historia anterior que debió deformar su pensamiento sobre-dimensionando la situación.

Por consiguiente, concurriendo el requisito de la racionalidad del medio empleado y manteniéndose incólume los demás razonamientos efectuados por los jueces, efectivamente se ha incurrido en una infracción al artículo 10 N° 4 del Código Penal en la calificación jurídica de la necesidad racional del medio empleador para impedir la o repelerla y, por lo mismo, al constituir este error la base de lo resuelto por los jueces para imponer la pena, reúne los requisitos del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal y, por lo mismo, acogiéndose el recurso debe declararse nula la sentencia, dictándose la correspondiente que subsane esta equivocación, pero separadamente y sin nueva audiencia.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, *se acoge* el recurso de nulidad deducido por el defensor penal público de migrantes y extranjeros de Antofagasta, en representación de Fannery Díaz Viveros, que la condenó a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autora del delito consumado de parricidio, perpetrado en esta ciudad, en perjuicio de Yony Escobar Gil, el día 29 de octubre de 2018 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, dictándose a continuación la sentencia de reemplazo.

Acordada contra el voto del Fiscal Judicial Sr. Rodrigo Padilla Buzada quien, por no compartir los fundamentos 4, 6, 7, 8, 9 y 10, estuvo por el rechazo del recurso de nulidad, para lo cual tuvo en consideración lo siguiente:

1.- Que, conforme al hecho asentado en la sentencia que se revisa -transcrito en el considerando quinto- el deceso de la víctima se produjo como consecuencia directa e inmediata de la acción desplegada por la acusada. Por ende, existió una conducta voluntaria que la doctrina denomina *dolus generalis*, según la cual –en una primera aproximación– “Es el caso en que el autor cree haber arribado a un resultado, pero el mismo se produce con anterioridad o posterioridad a lo previsto, por un hecho suyo anterior o posterior”.

Sobre el particular, quien disiente adscribe a la opinión –aunque minoritaria, por cierto– de la autora Silvina Andrea Alonso, que postula:

“Entendemos, en contraposición a la doctrina mayoritaria, que el *Dolus Generalis* no requiere del análisis de dos momentos que deben entenderse por separado e independientes, sino que hay una unidad de acción (entendiéndose por tal a la unidad de comportamiento y ejecución del sujeto activo).

“Adelantamos, entonces en parte, nuestra postura, en primer lugar, entendemos que dividir el iter del *Dolus Generalis*, quebranta el principio de unidad del acto. Por otra parte, somos de la particular opinión que hacer concurrir la solución para este caso, como parte de la doctrina lo hace, por ejemplo en la tentativa de homicidio en concurso real con homicidio consumado, quebranta la garantía constitucional del *non bis in ídem*, –receptada en Tratados Internacionales, en el bloque constitucional, mediante la reforma del año 1994 efectuada a la CN, art. 75 inc. 22 CN–, puesto que a nuestro modo de ver, se configuran en estos casos identidad de causa, sujeto y objeto, independientemente que la calificación del primero pueda encuadrarse en un obrar doloso y en el segundo tramo, como parte entiende en un comportamiento culposo. Es decir, siguiendo el caso clásico utilizado por la doctrina el tan bien conocido caso de tentativa de homicidio en concurso real con homicidio culposo consumado, el acontecimiento es uno, y vemos en esta problemática, que se juzga dos veces el mismo acontecimiento histórico, aunque bajo una calificación diferente, (siendo que el primer acto es doloso y el segundo a título culposo).

“En tal sentido, en los casos en que el resultado se provoca posteriormente pero de modo extraordinario, sólo cabría la posibilidad de imputar tentativa de delito doloso, pero la consumación del hecho típico del segundo tramo no sería imputable en virtud de ser producto de un acontecimiento extravagante (consideremos, en tal sentido, los ejemplos clásicos dados por los diversos autores, donde el sujeto al que se intentó asesinar, fin no logrado mediante la primer conducta, fallece a raíz del estrangulamiento de la herida que le genera, el sujeto activo al ocultar el cuerpo que considera ya sin vida).

“Abogamos por nuestra solución que en los casos de consumación anticipada y algunos casos postergada, de acuerdo a cada caso en particular, y siempre que no sea un curso causal imprevisible, motivo por el cual dispara, estaríamos ante la concurrencia de una tentativa inidónea (toda vez que en el caso el resultado ya se cometió y el sujeto cree estar cometiéndolo.) En estos casos, pensamos que la inidoneidad reside en el objeto, motivo por el cual debería ser juzgado conforme disposición legal del Código Penal de la Nación.

“En aquellos, casos en que el curso causal no deviene, extraordinario, debe verse presente un único acto, por lo que el resultado final sería un hecho doloso consumado.

“Tenemos serias dudas en cuanto a la hipótesis de una consumación anticipada, puesto que, si en el caso concreto se adoptara la solución de ver concurrente un homicidio doloso con-

sumado, excluiría toda posibilidad de que el sujeto activo pueda arrepentirse del hecho. Por lo que si de acuerdo al ánimo del autor, era su voluntad realizar el hecho típico debería de verse en esas ocasiones una unidad del hecho y en consecuencia un resultado doloso consumado. En aquellos casos en que el sujeto comienza la ejecución del *iter criminis*, (suponiendo el ejemplo dado supra de consumación anticipada), y el sujeto cree que el sujeto se encuentra con vida, no al menos tener en cuenta la posibilidad de que el sujeto pueda arrepentirse, sería afirmar un hecho sin tener en cuenta la voluntad del autor.”

2.- Que el fallo de mayoría razona, interpretando la prueba rendida ante el Tribunal Oral, sobre una conducta de la acusada distinta de aquella fijada en la sentencia y, por lo mismo, inamovible, tratándose de la causal invocada; por lo demás, el arrepentimiento de la imputada y el auxilio que con posterioridad brinda a la víctima, construido por la sentencia de nulidad y no por el fallo atacado, bien podría interpretarse –en otro escenario– como una forma de morigerar la responsabilidad criminal que surge de su accionar.

Quien discrepa entiende, por ello, que el voto de mayoría se aparta radicalmente de los fundamentos contenidos en el recurso de nulidad, en su esfuerzo por conciliarlo con las conclusiones que extrae.

3.- Que en atención a lo expuesto con antelación, el disidente estima que el fallo recurrido ha hecho una correcta interpretación del artículo 10 N° 4 del Código Penal, lo que torna inviable la

invalidación de la sentencia, cobijada en el regazo de la causal consagrada en el artículo 373 letra b) del Estatuto Procesal Penal.

Se deja constancia que se hizo uso de la facultad contenida en el artículo 82 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del ministro Titular Sr. Óscar Clavería Guzmán y del voto disidente, su autor.

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Antofagasta integrada por los ministros(as) Óscar Clavería G., Myriam del Carmen Urbina P. y Fiscal Judicial Rodrigo Alejandro Padilla B. Rol N° 409-2019.

II. SENTENCIA DE REEMPLAZO

Antofagasta, a veintidós de noviembre de dos mil diecinueve.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se procede a dictar la presente sentencia de reemplazo.

Primero: Que se reproduce la sentencia anulada con excepción del considerando duodécimo en lo referente al razonamiento sobre la necesidad racional del medio empleado, como también los considerandos decimocuarto a vigésimo primero, porque estos últimos aparecen inoficiosos y contradictorios con la decisión de acoger la eximente de responsabilidad establecida en el artículo 10 N° 4 del Código Penal.

Segundo: Que teniendo presente el razonamiento efectuado en la sentencia de nulidad y especialmente la construcción lógica de tratarse de un

acto con doble resultado en donde se ha ejercido el derecho a defensa con el objeto de proteger la integridad física de su persona frente a una agresión ilegítima y sin que haya precedido una provocación suficiente por parte de la imputada Fannery Díaz Viveros, no cabe sino estimar que concurre una circunstancia que exime de responsabilidad criminal y, por lo tanto, la acción desplegada si bien es típica en términos de los delitos de lesiones y homicidio, no es antijurídica haciendo desaparecer el ilícito por una causa de justificación.

TERCERO: Que es importante dejar establecido que las circunstancias de este eximente deben concurrir en un solo acto y estar íntimamente vinculadas entre sí con la propia defensa, de modo que la provocación preceda inmediatamente a la agresión, como asimismo el medio empleado surja en la inmediatez de la situación con el objeto de permitir el derecho a la defensa de la vida o integridad física de la persona.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1º, 3º, 10 N° 4, 14 N° 1, 15 N° 1 y 18 del Código Penal; y 340 y 352 y siguientes del Código Procesal Penal, se declara:

Se *absuelve* a Fannery Díaz Viveros de la imputación contenida en la acu-

sación del Ministerio Público de ser autora del delito de parricidio, cometido en esta ciudad el día 29 de octubre de 2018, debiendo disponerse su libertad en forma inmediata.

Acordado lo anterior contra el voto del Fiscal Judicial Sr. Padilla quien, por las razones expuestas en la sentencia de nulidad que precede, estuvo por condenar a la encausada ya individualizada a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante el tiempo de la condena, como autora del delito consumado de parricidio perpetrado en esta ciudad, en perjuicio de Yony Escobar Gil, el día 29 de octubre de 2018.

Comuníquese por la vía más rápida. Regístrese y comuníquese.

Redacción del ministro Sr. Óscar Clavería Guzmán, con el voto de minoría del Fiscal Judicial Sr. Rodrigo Padilla Buzada.

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Antofagasta integrada por los ministros(as) Óscar Clavería G., Myriam del Carmen Urbina P. y Fiscal Judicial Rodrigo Alejandro Padilla B. Rol N° 409-2019.