

## 2. Corte Suprema

### I. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL - DERECHO PROCESAL PENAL

HOMICIDIO CALIFICADO - ENSAÑAMIENTO: NO EXISTE EN LOS HECHOS EJECUTADOS SOBRE UN CADÁVER - ALEVOSÍA: NO CONCURRE POR LA SOLA INDEFENSIÓN OBJETIVA DE LA VÍCTIMA - ABUSO DE CONFIANZA: NO EXISTE EN EL CUIDADO REMUNERADO DE UN MENOR - INHUMACIÓN ILEGAL DE LA VÍCTIMA DE UN HOMICIDIO POR SUS AUTORES: ES UN ACTO POSTERIOR IMPUNE Y SU CASTIGO INFRINGE EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM - VERSIONES ALTERNATIVAS E INCOMPATIBLES DE LOS HECHOS: ACREDITADA UNA DE LAS VERSIONES, DEBE DESCARTARSE LA OTRA - NO ES OBLIGACIÓN DE LA ACUSACIÓN DESVIRTUAR LA VERSIÓN ALTERNATIVA DE LA DEFENSA, SI HA ACREDITADO LA SUYA PROPIA. NO SE INFRINGE EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD NI SE INVIERTE LA CARGA DE LA PRUEBA SI JUZGADOR DESCARTA LA VERSIÓN (NO PROBADA) ALTERNATIVA DE LA DEFENSA, ARGUMENTANDO QUE LOS HECHOS ACREDITADOS CORRESPONDEN A LA VERSIÓN DE LA ACUSACIÓN - SI LOS HECHOS ACREDITADOS DIFIEREN EN LOS DETALLES PERO NO EN LO SUSTANCIAL DE LOS DESCRITOS EN LA ACUSACIÓN, NO SE INFRINGE EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

### DOCTRINA

- I. *Actuar sobre seguro es el aprovechamiento de circunstancias materiales favorables buscadas de propósito por el hechor con el fin de asegurar el éxito de la acción delictiva y neutralizar los posibles riesgos que pudieran emanar de una probable defensa de la víctima. Significa ocultamiento del cuerpo del hechor, o de los medios ejecutivos, con el fin de provocar la indefensión de la víctima y la ventaja o seguridad del hechor. La agravante no se configura con el hecho de que objetivamente se den las circunstancias favorables que le son inherentes; requiere además que el sujeto actúe con un especial ánimo, “ánimo alevoso”, elemento subjetivo que implica el buscar o procurar ex profeso circunstancias especialmente favorables y no simplemente servirse o aprovecharse de ellas cuando están dadas. La sola menor edad de la víctima no configura la agravación si ella queda regularmente al cuidado de sus victimarios (CONS. 23°).*
- II. *No existe ensañamiento en el proceso de quemar el cuerpo de la víctima, posterior al homicidio de aquella y claramente orientado a la ocultación de ese delito, por no concurrir sus elementos objetivos ni subjetivos (CONS. 12°).*

- III. *El intento de quemar el cuerpo de la víctima y el haberlo enterrado, hechos con la finalidad de ocultar el crimen y las evidencias que el cuerpo presentaba, son actos posteriores al homicidio que tienen por único objetivo el ocultamiento de un delito propio y como tales, están consumidos por el homicidio al que acceden y a cuyo encubrimiento apuntan. En este sentido, da castigarse la inhumación ilegal existiría efectivamente una violación al principio del non bis in idem, puesto que una conducta única se estaría sancionando dos veces por la vía de calificar un mismo hecho como dos injustos diversos (CONS. 20°).*
- IV. *No existe abuso de confianza en la situación de estar al cuidado de un menor a cambio de una remuneración, regularmente y con anterioridad a la ejecución del delito, pues dicha situación no aparece así como buscada por los acusados para su comisión, ya que ellos no se prevalieron de tal circunstancia para su perpetración. Si la circunstancia existía en forma previa, no aparece que hayan necesitado efectuar un aprovechamiento indebido del vínculo para lograr realizar el delito con seguridad (CONS. 9°).*

#### HECHOS COPENADOS Y MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD PENAL

MARIO ARAYA FLORES\*

La dificultad presente en el análisis es la de aquellos casos en que los hechos permiten una doble calificación jurídica por la delimitación del hecho o sustrato fáctico del delito. La determinación del límite del hecho, influye necesariamente en la pena o penas que deben ser aplicadas.

En la sentencia recurrida se sanciona a los imputados como autores del delito de homicidio calificado y además como autores del delito de inhumación ilegal. En ambos casos la sentencia recurrida comete errores en la correcta delimitación de los hechos, la relevancia de los mismos y desde luego en la aplicación de la norma penal correcta y la pena correspondiente.

En lo que se refiere a la calificante de ensañamiento, el fallo en comento, acierta completamente al supeditar la concurrencia de ésta a la delimitación temporal de la acción del homicidio, es decir, el sustrato fáctico de la calificante de ensañamiento –como cualquier otra prevista para el homicidio calificado– debe necesariamente concurrir mientras el sujeto que recibe la acción matadora se encuentre aún con vida. La consumación del homicidio impide tener por concurrente la mayor malignidad del agente fundada en

\* Profesor, Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

el sufrimiento de la víctima, pues una vez producida la muerte de ésta, es imposible que padezca sufrimiento alguno. El cuerpo de la víctima ya no es más la víctima, por lo que la acción de quemarlo realizada por el agente es penalmente irrelevante.

La doctrina, mayoritariamente, ha centrado la distinción entre la calificante y la agravante en comento, en la especificidad de la primera y generalidad de la segunda, en cuanto al requisito de inhumanidad del mal que recae en la víctima. Del mismo modo, es pacífica la exigencia de que el mal al que se refiere la norma sea distinto del mal que constituye el delito en sí mismo o que este mal exceda el necesario para cumplir el plan criminal. Subjetivamente, debe concurrir el ánimo del agente de generar aquel mayor sufrimiento

Bajo el prisma de la relevancia debe ser analizada la concurrencia del delito de inhumación ilegal. Si bien los hechos que fueron descritos por el ente persecutor y recogidos por la sentencia recurrida son subsumibles en el tipo penal, y se encuentran separados del sustrato fáctico del homicidio, no son hechos independientes de este último. Son dos los elementos que impiden escindir y penar como un hecho distinto la inhumación. En primer lugar, la participación de los mismos autores del homicidio y, de otra parte, la intención de los agentes al realizar la acción en comento. La conjugación de ambos impide penar a los mismos autores del homicidio por la acción de enterrar ilegalmente a la víctima, pues tal como lo señala la sentencia de la Corte, dicha acción no es más que el intento de ocultar los vestigios del crimen, cuestión que en el caso de los autores del delito no es punible, aun cuando dichas acciones puedan ser subsumidas en algún tipo penal. La posición contraria a lo precedentemente afirmado, importaría aceptar la punición de quien habiendo hurtado una especie es sorprendido intentando venderla, haciéndolo responsable tanto del hurto como de la respectiva receptación, cuestión que es inaceptable por ser carente de injusto penal –antijuridicidad material– y por configurar una flagrante infracción al principio de prohibición de pena por los mismos hechos.

Es la relación que existe entre los hechos a su vez determinada por la participación de los mismos agentes y sus particulares intenciones, la que debe ser analizada para resolver la imposición de la pena del hecho anterior coetáneo o posterior, o la presidencia de la misma atendida la incorporación de aquel reproche en otro hecho ya penado.

En lo referente a las modificatorias de responsabilidad penal, nuevamente el fallo del supremo tribunal lleva la razón, pues ciertamente no concurre ni alevosía ni abuso de confianza.

En el caso de la actuación sobre seguro del agente, es decir, la reducción de posibilidades de defensa de la víctima, ésta debe ser creada o buscada por el agente. Es éste el fundamento de plus de injusto que permite el aumento sustancial en la pena en concreto a aplicar. Si las posibilidades de defensa de la víctima son consustanciales a ella, es decir, no pueden ser modificadas por el agente, el fundamento del aumento de la pena no existe, por lo que una pena fundada en dichas circunstancias viola el principio de culpabilidad. La modificatoria de abuso de confianza, tiene su fundamento en el aprovechamiento que hace el agente de aquella situación que le permite realizar su cometido delictual. El elemento diferenciador que permite la correcta aplicación de dicha modificatoria, dice relación con la motivación del agente, pues sólo tiene sentido el mayor reproche si el autor se ve motivado a la realización del delito al existir una relación de confianza. Sin embargo, dicha relación, no puede fundarse exclusivamente en la existencia de una relación contractual, pues en ese caso –y tal como lo hizo la sentencia recurrida– se confunde aquella relación de confianza determinante en la comisión del delito con la legítima expectativa del cumplimiento del contrato, cuestión que escapa al ámbito punitivo penal.

#### TEXTO DEL FALLO COMPLETO

Santiago, diecisiete de octubre de dos mil doce.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes, por sentencia de 15 de julio del año en curso, condenó a Robinson Mauricio Zamora González y a Nicol Tamara Leiva Solís por su responsabilidad como autores ejecutores del delito de homicidio calificado –del artículo 391 N° 1 del Código Penal– de la menor Katalina Noemí Cerda Alcorce, cometido el 25 de junio de 2009, a sufrir la pena de presidio perpetuo simple, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida de los sentenciados y a la sujeción a la vigilancia de la autoridad por el máxi-

mo que establece el Código Penal. Se les condenó también, a la pena de 300 días de presidio menor en su grado mínimo y multa de 6 unidades tributarias mensuales, más la accesoria de suspensión de cargo u oficio público por el tiempo de la condena por su responsabilidad en el delito de inhumación ilegal que sanciona el artículo 320 del Código Penal, el día 25 de junio de 2009.

Esta sentencia fue impugnada por las defensas de los acusados, las que dedujeron sendos recursos de nulidad que están agregados a fs. 382 y 441 de este legajo y que se admitieron a tramitación por resolución de fs. 497.

A fs. 505, se agregó el acta que da cuenta de la realización de la audiencia fijada para el conocimiento de los recursos a la que concurrieron los abogados Sr. Fernando Mardones Vargas por la

acusada Nicol Leiva, el abogado Sr. José Manuel Espinoza por el imputado Robinson Zamora, el abogado Sr. Pablo Campos Muñoz en representación del Ministerio Público, el abogado Sr. Sebastián Hernández por el querellante y el abogado Sr. Mauricio Mejías Olguín por el Sename.

Considerando:

RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO POR LA DEFENSA DE NICOL LEIVA SOLÍS

*Primero:* Que por la causal principal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, la defensa de la acusada Nicol Leiva, denunció infracción al debido proceso, en relación a la presunción de inocencia y a la imparcialidad del tribunal.

En cuanto a la primera, la defensa aduce que se invirtió la carga de la prueba, por haberse impuesto a la acusada la exigencia de probar su inocencia. Explica que el Tribunal Oral sostuvo —como punto de partida de su decisión condenatoria— que de acuerdo a la prueba rendida se puede establecer que la muerte de la niña fue violenta de tipo homicida, y que por lo tanto era obligación de la defensa probar que la muerte fue accidental (Considerando 16°). En la forma señalada el tribunal presumió la culpabilidad de los acusados, en circunstancias que no hubo prueba directa de su participación.

Dice la defensa que los jueces sostuvieron que del examen de la prueba de cargo, en particular de lo declarado por los peritos legistas, era posible sostener la muerte violenta, fundamentalmente por el lugar y la forma en que se encontró el cadáver de la niña:

quemado y enterrado, lo que sumado a las inconsistencias de las declaraciones de los acusados y demás prueba rendida, permitía presumir racionalmente la muerte de tipo homicida.

Explica que las juezas examinaron los dichos del tanatólogo Germán Tapia, que declaró no poder referir la causa de muerte, pero que por las condiciones del hallazgo, la inhumación clandestina y el hecho de haber sido sometido parcialmente a la acción del fuego, ello confería relevancia médico legal al caso y mientras no se probara policialmente lo contrario, la muerte debía ser considerada violenta, de tipo homicida. El patólogo forense José Belletti dijo que el mecanismo que mejor explicaba la muerte de la menor era un traumatismo encéfalo craneano, descartando la tesis del accidente exclusivamente por la conducta posterior de los acusados. (Ellos dijeron que la niña se cayó cuando saltaba de una cama a otra con una sobrina del imputado Zamora).

Agrega la recurrente que en el motivo 16°, los jueces dijeron también que las defensas no lograron introducir una duda mínima, ni menos razonable de que la muerte fuera accidental, siendo menester que la defensa probara que la muerte no fue violenta, puesto que ello no era tarea del fiscal —al que se acusó de falta de objetividad—, puesto que no es deber de aquél sostener una tesis alternativa. También descartaron todos los temores que los acusados habían invocado como justificación para quemar y sepultar clandestinamente el cuerpo de la niña, lo que por tanto no pudo sino obedecer a que su muerte no

fue accidental, sino atribuible al actuar doloso de los acusados.

Por último, en el motivo 18° las sentenciadoras reiteran que el perito Germán Tapia dijo que la muerte fue violenta de tipo homicida mientras policialmente no se demostrara lo contrario, cosa que no ocurrió, en tanto el experto José Bellefi dijo que la muerte violenta se produjo por acción de terceros y que su causa fue un traumatismo cráneo encefálico.

De los motivos del fallo referidos, la defensa concluye que las juezas obraron presumiendo la culpabilidad de los acusados desde el momento en que se encuentra el cadáver de la menor enterrado y semi quemado, porque aducen que tales condiciones permiten presumir la existencia de un asesinato y exigen a los acusados probar que ello no fue así y cuáles fueron las razones que los llevaron a actuar de ese modo. En esta parte, agrega la defensa que la redacción del fallo incluso da la razón a la inversión del peso de la prueba, porque los jueces primero explican lo qué está fuera de discusión y luego lo que se da por probado, para acto seguido descartar la tesis de la defensa con gran facilidad, señalando las razones por las cuales dan la razón al Ministerio Público.

A continuación, la recurrente reclama que para dar por establecida la participación, los jueces también razonaron desde la óptica de la presunción de culpabilidad al sostener que el Ministerio Público aportó un cúmulo de indicios para demostrar con certeza la participación de los acusados. Tales indicios dicen relación con “comportamientos o

actuaciones que sin ser necesariamente delictivas en sí, permiten partir de un razonamiento lógico conforme a las reglas de la experiencia y del pensamiento humano, inferir la participación de éstos en el hecho imputado por la fiscalía”: 1) indicio de oportunidad física: el día antes de su muerte, los acusados estaban con la menor; 2) indicio de capacidad delictiva o de personalidad: “la conducta pasada de ambos, sus costumbres y disposiciones mentales permiten sostener que eran personas que utilizaban la violencia para solucionar sus conflictos y capaces de cometer el delito que se les imputa”. Aquí, el tribunal claramente razona sobre un derecho penal de autor; 3) indicios en torno a la actitud asumida: quemar y enterrar el cuerpo. Nuevamente, derecho penal de autor, dice la defensa. Se descarta una posibilidad real por consideraciones morales: como es inaceptable que alguien pudiera actuar así ante un accidente de la menor, entonces no cabe más que pensar que esas personas mataron a la niña; 4) indicios de motivo o móvil delictivo: se analiza más adelante; 5) indicios de actitud sospechosa: derecho penal de autor; 6) indicio de mala justificación: la defensa reclama que el solo título atenta contra la presunción de inocencia, porque el imputado no debe justificar su versión, sino que debe probar su responsabilidad el fiscal; 7) indicios de oportunidad, relacionadas con la hipótesis del accidente: dice que el juzgamiento se basa en la prueba que debió producir la defensa para desvirtuar la muerte violenta.

A su turno, en cuanto a la infracción al derecho a la imparcialidad del tribunal, la recurrente Nicol Leiva explica que el Ministerio Público acusó atribuyendo a ambos acusados haber agredido a la menor sin que ella pudiera repeler el ataque, “para lo cual la imputada Nicol Tamara Leiva Solís en presencia del imputado Robinson Zamora, golpea en forma violenta y reiterada con sus puños a la menor Katalina en su cabeza, produciéndole un traumatismo encéfalo craneano de gravedad, dejándola ambos sin prestarle auxilio pese a la evolución desfavorable de sus lesiones...”. El tribunal reconoce en el razonamiento 15° que el Ministerio Público no probó esa dinámica homicida debido a que una testigo no les resultó verosímil, expresando “Lo que incluso llevó al Ministerio Público a establecer la dinámica de los hechos según esta declaración, lo que en definitiva no resultó probado, ya que por un lado el testimonio de Marcela Urbina carece en lo pertinente de valor, y por el otro, porque Robinson es tan responsable como Nicol...”.

Explica la defensa que Marcela Urbina era testigo protegido del Ministerio Público, pero que no declaró en el juicio, sino que sus dichos fueron incorporados a través del testimonio de otra persona (Iván López) y aunque era testigo de cargo, fue hecho suyo por la defensa, atendidas las graves contradicciones y animadversión que evidenciaba.

Ante esta situación, el tribunal levantó una tesis alternativa de participación, concluyendo en su sentencia que: “ambos agreden a la menor en su cabeza”, sin decir cómo, pero estable-

ciendo con ello una participación activa y conjunta de los acusados. Ya no es Nicol Leiva quien golpea a la niña en presencia de Robinson Zamora, que no habría hecho nada para impedirlo, sino que ambos la golpean, lo que se describe en forma genérica por el mismo tribunal, que abandona su posición pasiva y subsidia al Ministerio Público al haber equivocado la precisión en la forma de actuar.

Sostiene el defensor que de acuerdo al artículo 340 del Código Procesal Penal: “El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”, pero esta nueva forma de participación de los acusados no es algo que haya surgido de la prueba rendida, sino de una operación intelectual de inferencia y deducción del juzgador que de forma proactiva propone lo que piensan que ocurrió en la realidad. Si bien el tribunal está llamado a fijar los hechos, no puede proponerlos, porque deja de ser imparcial.

*Segundo:* Que en subsidio de la causal antes señalada, la defensa de Nicol Leiva esgrimió la del artículo 374 letra e), en relación al 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal.

Reclama que el tribunal incurrió en infracción al principio de razón suficiente al establecer la participación criminal de los acusados en una muerte violenta y no accidental de la víctima. Ello sucede cuando tienen por comprobados los siguientes hechos: a) Que la niña estaba sola, sin su madre el 24 de junio de 2009 en la noche; b) que la relación entre la madre de la menor y la pareja se había tornado tensa; c) que

días antes de la muerte de la niña, ella había sido objeto de maltrato físico; d) que su cadáver fue sometido a la acción del fuego e inhumado ilegalmente; e) que su muerte fue violenta y atribuible a la intervención de terceros; f) que la vida de la menor se enmarca en un contexto de violencia; f) que los acusados planearon una justificación para explicar la desaparición de Katalina. Luego, de tales hechos, el tribunal extrajo los siguientes indicios, ya antes referidos: 1) Indicios de presencia y oportunidad; 2) de capacidad delictiva; 3) en torno a la actitud; 4) de motivo; 5) de actitud sospechosa asumida; 6) de mala justificación; 7) de oportunidad en la que surge la tesis del accidente, y 8) indicios en torno a la forma como se gesta esa hipótesis.

Las juezas sostienen en el fallo impugnado, que la pluralidad de indicios permiten enlazar el hecho base con el hecho consecuencia a través de la lógica y las máximas de la experiencia. Sin embargo, la defensa insiste en que hay un salto sin explicación lógica entre el hecho signado d) y el e), la derivación que la muerte fue violenta y atribuible a terceros, por la sola circunstancia de haberse procurado ocultar la muerte.

También se denuncia la infracción al principio de no contradicción, tanto en relación al testimonio de Marcela Urbina como al de los propios acusados.

En cuanto a Marcela Urbina, porque ella prestó dos declaraciones ante la Policía de Investigaciones y ambas fueron diferentes. En la primera indicó la ubicación exacta del cuerpo de la niña y dijo que lo sabía porque Robinson

Zamora se lo había indicado y que la niña había tenido un accidente y que por ello había muerto. En la segunda declaración atribuyó responsabilidad en la muerte de la niña a la inculpada Nicol Leiva, pero luego explicó que esa declaración la prestó influenciada por el funcionario policial Iván López. Las juezas dieron total crédito a la primera declaración de la testigo sólo en la parte que señala la ubicación del cadáver, pero luego le restan todo mérito sin hacerse cargo de la posibilidad de que efectivamente fuera influenciada en la segunda versión, lo que atenta contra el principio de no contradicción.

En lo que dice relación con los dichos de los acusados, también el tribunal descartó todo lo expresado por ellos en cuanto a la caída accidental, por supuestas contradicciones e inconsistencias y, sin embargo, el perito Belletti sí acogió la sintomatología descrita por ellos que habría presentado la niña y que según el médico correspondía a un tec en evolución.

Se denuncia también omisión de fundamentación en relación al testimonio de la madre y la evidencia física de las lesiones en el cuerpo de la niña, porque la madre declaró que llegó a la casa de los acusados cerca de las 6 de la mañana del día 25 de junio y que su hija estaba dormida en la cama de plaza y media y que ella la besó y se acostó a su lado, sin advertir los supuestos golpes que le habrían dado los inculpados en la cabeza, en circunstancias que debería haber presentado evidencias físicas de la agresión. El tribunal no se hace cargo de ese hecho.

Se denuncia omisión de fundamentos en cuanto a la configuración del dolo homicida. Sobre este punto, el tribunal concluyó en el razonamiento 17° que: “los acusados tenían motivos para matar a Katalina descargando en su contra toda la furia que tenían a su madre, que los denunciaría, decidiendo así darle muerte y luego quemarla y ocultarla donde nadie la pudiera hallar, inventando su extravío; en pocas palabras, quien atribuye la muerte a un accidente, luego no quema ni entierra a la niña procurando que jamás sea encontrada, condiciéndose dicha conducta, más bien, con una acción deliberada a dar muerte a la niña”.

Reclama la defensa que se explicita el móvil, pero que se omite una “reflexión pormenorizada del dolo”. No explica si hubo dolo directo o eventual, ni los elementos que permiten tenerlo por configurado, y sin dar razones para descartar preterintencionalidad o mero actuar negligente.

Denuncia, también, infracción a los conocimientos científicamente afianzados, en relación a las afirmaciones del perito José Belleti, puesto que en sus conclusiones no se emplea una metodología científica que de manera objetiva permita establecer que la muerte de la menor fue violenta, de tipo homicida. De acuerdo a su experiencia, por la existencia del cuerpo quemado y enterrado, concluye la intervención de terceros, porque nadie puede enterrarse a sí mismo y porque no es esperable de una persona que luego del accidente de un niño, lo entierre y queme. De ahí deriva que sería muerte violenta. Asimismo, la

causa de muerte habría sido un traumatismo encéfalo craneano, lo que derivó de algunos elementos conocidos y de la literatura sobre la muerte de menores, que indica como habitual por violencia o agresión sexual y por personas muy cercanas. Luego explica que –también desde la literatura–, lo más usual en casos de violencia, es el trauma y aquí –usando la declaración de Robinson Zamora– la sintomatología descrita coincide con trauma en la cabeza. A continuación, descartó la tesis del accidente por la conducta posterior de los acusados: porque los guardadores tienen responsabilidades diferentes con los niños, si sufren un accidente, se espera que le presten auxilio, lo que en el caso no se verificó. En conclusión, sostuvo que “explica razonablemente, bajo el conocimiento médico, es: 1) causa de muerte: traumatismo craneo encefálico que tiene una evolución; 2) no se le prestó auxilio que es lo razonable esperar en cualquier situación; 3) poco riesgo que significan las víctimas al victimario por la razón obvia que implica la diferencia física notable que deja a la víctima sin posibilidades del recurso de arrancar”.

El defensor sostiene que las conclusiones del doctor Belleti no son objetivas porque: 1) no puede decir muerte violenta sólo por las circunstancias del hallazgo y, además, porque el médico Germán Tapia dijo que el tipo de hallazgo permitía esa conclusión, mientras la investigación no dijera lo contrario, o sea, no era concluyente. 2) Porque la conducta posterior es de carácter moral y no científica. 3) Porque redujo

las posibilidades de muerte violenta a sólo dos: violencia intrafamiliar y agresión sexual, en circunstancias que existen muchas otras como el tráfico de órganos. 4) Aceptó la sintomatología señalada por Robinson Zamora en la niña para concluir tec en evolución, pero no la causa señalada por él de caída accidental, lo que rechazó sólo por consideraciones morales o sociales, lo que resta objetividad a su informe. 5) Concluye que no se auxilió a la niña, porque se asila en lo que se esperaba desde el punto de vista social, olvidando que los imputados dijeron haberla llevado a la curandera del pueblo.

De lo evidenciado, aparece que no hay objetividad en el informe del doctor Belletti y claramente se infringen los principios científicamente afianzados al valorarlo, porque la aplicación de metodología científica en su labor no habría permitido arribar a las conclusiones que llegó. Desde este punto de vista, la defensa acusa a Belletti de realizar un mero proceso especulativo.

*Tercero:* Que en subsidio de las causales antes descritas, la defensa invocó la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por haberse aplicado las agravantes de los artículos 12 N° 7, abuso de confianza y 12 N° 4, aumento deliberado del mal ocasionado por el delito, ambas del Código Penal.

La aplicación errónea del derecho se produce en relación al principio del *non bis in idem*, artículo 63 del Código Penal, porque se hace una doble valoración del reproche propio del abuso de confianza, por una parte como constitutivo de la alevosía y, por otra, como agravante es-

pecífica. El abuso de confianza aparece descrito en el hecho y fue empleado por el tribunal para describir la alevosía en el motivo decimoctavo de la sentencia impugnada.

En cuanto a la agravante del ensañamiento, del artículo 12 N° 4 del Código Penal, el tribunal la hace consistir en el hecho que los acusados quemaron el cuerpo de la niña, sin embargo, se cuestionó la concurrencia de esta agravante porque no concurría el elemento subjetivo, esto es, la especial malignidad con la que debe actuar el sujeto y porque la conducta de los acusados se enmarcó en el contexto de la fase de agotamiento del delito, lo que se consignó en la misma descripción fáctica del tribunal, al sostener "...con la finalidad de ocultar su crimen...".

Como petición concreta por esta causal, se requirió sentencia de remplazo y que se rebajara la pena aplicada a la de 10 años y un día de presidio o a la que este tribunal estimara conforme a derecho.

*Cuarto:* Que para el correcto análisis de la denuncia de infracción a la presunción de inocencia y a la imparcialidad del tribunal, se hace preciso poner en claro que antes de señalar la necesidad de probar por la defensa que la muerte de la niña fue accidental, las sentenciaras dejaron establecido que su deceso se produjo por un hecho violento de tipo homicida, que correspondía a la imputación del Ministerio Público, de lo cual, necesariamente se concluyó que no se trataba de muerte producto de un accidente, que fue la invocada por la defensa y a cuya demostración pudo colaborar.

En efecto, en el razonamiento duodécimo se estableció, en lo pertinente que: “Una vez que la madre de la menor se fue del lugar, los acusados agreden a Katalina Cerda Alcorce en su cabeza, sin que ésta pudiera repeler el ataque, provocándole un traumatismo encéfalo craneano de gravedad, dejándola morir...”.

En el análisis que hacen las juzgadas de los elementos de cargo producidos en el juicio oral, describen el valor que asignan a cada uno de ellos y los motivos por los cuales consideraron que resultaban idóneos, suficientes y pertinentes de acuerdo a las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados para arribar a la convicción de haberse cometido efectivamente un hecho delictivo y de no estar ante un mero accidente. Como corolario de aquellas reflexiones, el tribunal adujo que no se trató de una muerte accidental y explicó las razones por las cuales se estimó que ello no era así, sino de otra forma, de modo que no es posible concluir que se haya impuesto a la defensa acreditar que fuera un accidente, como tampoco que se haya hecho aplicación del sistema de preponderancia de evidencia.

De contrario, el Ministerio Público sostuvo una imputación y la demostró, de conformidad a la ponderación que hizo el tribunal, en tanto que la teoría alternativa de la defensa y que consistía precisamente en la existencia de una caída accidental no atendida oportunamente, resultó descartada por el tribunal, con la prueba que esas mismas juzgadas analizaron y de la que expresaron

que no tuvo siquiera el poder de generar una duda mínima, ante la contundencia que para ellas generó la prueba aportada por el persecutor penal.

Otro asunto es que se discrepe de la ponderación que se hizo en ese proceso de cada uno de los antecedentes reunidos en el juicio.

No existen tampoco indicios de que las juzgadas hayan procedido presumiendo la culpabilidad de los acusados, que es la imputación que por el recurso se les hace, por haber valorado las versiones de los peritos que dieron el carácter de violenta a la muerte, lo que tampoco se hizo tan sólo por las circunstancias del hallazgo. Esto mismo se advierte en la sección del recurso donde el fundamento de la supuesta infracción a la presunción de inocencia, se apoya en la existencia de una serie de indicios aportados por el Ministerio Público para demostrar la participación de los acusados.

Este mismo argumento ha sido empleado para denunciar la infracción absoluta que contiene el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, lo que pone en evidencia que la protesta no está dirigida a la infracción del derecho constitucional citado, sino que a la falta de cumplimiento de las exigencias contempladas en el artículo 342 en relación al 297 de ese mismo Código, en cuanto a la valoración de los medios probatorios o indicios acopiados en el desarrollo del proceso de convicción de los jueces.

Finalmente, en cuanto a la denuncia por la falta de imparcialidad del tribunal, la recurrente aduce que en la acusación se atribuyó a Nicol Leiva la autoría

material de los golpes propinados a la menor y que le provocaron la muerte, hecho que Zamora sólo observó, en tanto que el tribunal habría reconocido en el considerando 15° de su sentencia que tal dinámica no fue probada, procediendo a elaborar una propia, en la que concluyó, como se lee del hecho que se tuvo por demostrado, que ambos agreden a la niña en su cabeza.

Sin perjuicio que la infracción denunciada corresponde en propiedad a la del artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, lo cierto es que de la acusación formulada por el Ministerio Público y que se lee en el considerando segundo de la sentencia en estudio, se advierte que la imputación señalaba: “Una vez que la madre de la menor se fue del lugar, los acusados agreden a la menor, sin posibilidad de repeler el ataque, para lo cual la imputada Nicol Tamara Leiva Solís en presencia del imputado Robinson Zamora González, golpea en forma violenta y reiterada con sus puños a la menor Katalina Cerda en su cabeza, produciéndole un traumatismo encéfalo craneano de gravedad, dejándola ambos sin prestarle auxilio pese a la evolución desfavorable de sus lesiones...”. En tanto que el tribunal tuvo por establecido, en esta parte, que: “Una vez que la madre de la menor se fue del lugar, los acusados agreden a Katalina Cerda Alcorce en su cabeza, sin que ésta pudiera repeler el ataque, provocándole un traumatismo encéfalo craneano de gravedad, dejándola morir y acordando ambos ocultarla de su madre...”.

A lo anterior se agrega que de acuerdo a la imputación, la participación

era de autores ejecutores de acuerdo al artículo 15 N° 1 del Código Penal, misma que así fue declarada en el motivo vigésimo del fallo en análisis.

De lo transcrito y lo explicado se advierte que el tribunal suprimió una parte de la descripción del hecho, pero sin modificarlo sustancialmente, manteniendo la imputación en cuanto a que ambos acusados habían agredido a la niña y en circunstancias, además, que ello carece de toda trascendencia, atendida la naturaleza de la participación que se les atribuyó y que no ha sido controvertida por la defensa.

*Quinto:* Que, en lo que respecta a la causal subsidiaria del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, la defensa de Nicol Leiva aduce la existencia de violación al principio de razón suficiente para establecer la participación criminal de los acusados en una muerte violenta y no accidental de la víctima.

En lo medular, la defensa impugna la existencia de un “salto” sin explicación ni lógica entre los hechos signados d) y e) por el tribunal y que corresponden a que el cadáver de la menor fue sometido a la acción del fuego e inhumado ilegalmente y, luego, que su muerte fue violenta y atribuible a la intervención de terceros.

Como primera cuestión es preciso advertir que no resulta claro si se está impugnando el establecimiento de la participación de los acusados o del hecho que se tuvo por probado.

Sin perjuicio de lo expresado, los dos hechos que describe la defensa se enmarcan dentro de un largo razonamiento en el que las sentenciadoras

argumentaron en relación a hechos que dieron por establecidos en el proceso y que les sirvieron de fundamento para concluir la participación de los imputados.

Al respecto, como se lee del considerando decimoséptimo, las juzgadoras destacaron la existencia de prueba testimonial que acreditó: 1) que Katalina estaba sola, sin su madre y al cuidado de los acusados en el domicilio del Sauce el día 24 de junio de 2009, en horas de la noche; 2) que las relaciones entre la madre de la menor y la pareja se habían tornado tensas, primero, porque Ángela se embarazó y los acusados la amenazaron con quitarle a Katalina si tenía otro hijo y, más tarde, porque Ángela declaró que la mantención de la niña le estaba saliendo muy cara y que se la llevaría con su nueva pareja, siendo agredida por Nicol y amenazada nuevamente, con que le quitarían a la niña; que las diferencias anotadas se agudizaron momentos previos a la agresión a la niña, porque Ángela notó que presentaba moretones y reclamó por ese hecho, amenazando con denunciar a los imputados.

También las juzgadoras dicen que con el mérito de la prueba pericial que describen, tienen por cierto: 3) que la muerte de Katalina fue violenta y atribuible a la intervención de terceros, describiendo aquel perito cuáles son los escenarios más habituales en que ello ocurre y que la excusa más habitual es la de la caída doméstica accidental.

También aluden a la prueba pericial planimétrica y odontológica, testimonial y a las fotografías, en base a las cua-

les resultaba innegable que: 4) el cuerpo de la menor fue quemado y enterrado en una fosa clandestina cavada por los propios acusados en un sitio eriazó y alejado del radio urbano, lo que tampoco fue negado por los imputados.

Por último, tuvieron por cierto, de acuerdo a la abundante prueba testimonial, que: 5) los acusados planearon una justificación para explicar la desaparición de la menor a su madre, hecho que tampoco era controvertido.

Efectivamente, de estos hechos, el tribunal derivó la existencia de una serie de indicios: de oportunidad o presencia (la niña estaba sola con los acusados que estaban a cargo de su cuidado), de oportunidad personal o capacidad delictiva (porque ambos eran personas acostumbradas a usar la violencia para la resolución de sus conflictos); de actitud asumida ante el fallecimiento de la niña (ocultar el cadáver); de móvil (por la tensión existente con la madre y la amenaza de denuncia); de actitud sospechosa asumida por ellos (al mentir sobre lo ocurrido); de mala justificación (decir que fue accidente, sin llevarla al hospital), y de oportunidad en que surge la hipótesis del accidente y de la forma cómo se gesta (porque aparece sólo después del hallazgo del cuerpo y porque la familia de Zamora le pide a éste que “se limpie”, que se salve, que diga que fue un accidente).

Del breve análisis del fallo precedente, se advierte primero que el “salto” que se reclama no existe, porque el tribunal tuvo por cierto primero que la muerte fue violenta y de tipo homicida (y no un accidente como se pretendió)

y después, que su cuerpo fue quemado y enterrado ilegalmente. Esto no es menor, porque al exponerlo de inversa, la defensa quiere ver que sólo del hecho de haber sido quemado y enterrado las juezas extrajeron la conclusión de muerte por acción de terceros, pero ello no fue así y éste era el fundamento de la infracción reclamada.

El tribunal valoró los dichos de los expertos que manifestaron que las circunstancias del hallazgo del cadáver de la niña y de la forma en que se procuró ocultarlo, eran indiciarios de muerte violenta y por acción de terceros, mientras no se acreditara policialmente lo contrario. Luego, sobre tal hecho, se razonó también sobre las causas más habituales de muerte en niños de acuerdo a la experiencia de los peritos que expusieron en estrados, los motivos de ello, los agresores más usuales y la excusa más clásica, cual era precisamente la sostenida por los imputados en este caso y que fue descartada también en un extenso razonamiento por el tribunal, a partir del análisis preciso y acabado de toda la prueba acopiada en relación a todos los motivos esgrimidos para pretender demostrarlo.

Del modo señalado, sobre el hecho ya comprobado de tratarse de una muerte de tipo homicida, las sentenciadoras analizaron aquellos indicios de que disponían y que señalaban a los imputados como autores del hecho, sin que en tal desarrollo se advierta infracción al principio de razón suficiente que denuncia la defensa.

También se ha reclamado infracción al principio de no contradicción en la

valoración que el tribunal hizo de los dichos de la testigo Marcela Urbina y de los propios acusados. Sin embargo, en ambos casos, las juzgadoras expresaron las razones idóneas para establecer las diferencias que hicieron.

Marcela Urbina prestó dos declaraciones ante los funcionarios de la Policía de Investigaciones y las dos fueron diversas. El tribunal optó por asignar valor a aquellos extremos de su versión que se encontraban avalados por otros elementos del proceso. No se advierte en ello contradicción alguna.

En cuanto a la versión de los inculpados sobre la caída accidental y lo sostenido por el perito Belletti, no existe contradicción, sino tan sólo el rechazo de las explicaciones señaladas por el médico. Al respecto, en cuanto Zamora habría señalado una sintomatología determinada que fue recogida por el experto, ello no conlleva necesariamente la existencia de la contradicción que se reclama.

Sobre la falta de advertencia de la madre de las lesiones que habría presentado su hija, cuando llega a acostarse a su lado pocas horas antes de su muerte, tampoco es precisa la existencia de una contradicción si se ha sostenido que los golpes fueron en la cabeza y, por ende, pueden haber estado ocultos bajo el pelo; si se tiene presente que el hecho ocurre en junio y la madre llega cerca de las seis de la mañana, cuando Zamora sólo prende la luz para que pueda ver que la menor está bien, pero en circunstancias que reinaba la oscuridad en el entorno y, sobre todo, si como se dejó asentado en diversos pasajes del fallo, la

madre usualmente llegaba bajo el efecto de algún grado de alcohol, tanto que los acusados adujeron no haber logrado despertarla momentos más tarde, cuando la niña moría en sus brazos.

No existe omisión en cuanto a la descripción del dolo de matar, sino que aquél está ampliamente descrito, en todo el motivo que se desarrolló para descartar la muerte accidental.

En relación a una supuesta infracción a los conocimientos científicamente afianzados por las afirmaciones del perito Belleti, como se aprecia de los fundamentos del recurso, no se está impugnando el ejercicio de las facultades propias de los jueces en términos que excedan o contraríen lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, sino que se está impugnando el mérito del informe pericial propiamente tal, el que se reprocha por estimar que no sería objetivo y porque habría vertido también algunas consideraciones de corte moral en lugar de científico; como además, que aceptó parcialmente lo dicho por Zamora sobre la evolución del TEC, pero sólo en esa parte.

Belleti expresó razones para explicar la muerte de la menor desde la perspectiva de la literatura especializada y aun cuando, efectivamente, sus conclusiones no eran médicas, sí fueron vertidas en base científica y desde tal posición fueron valoradas por el tribunal, sin que sea posible sostener que haya sido un mero proceso especulativo.

*Sexto:* Que en cuanto a la última causal subsidiaria del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, la defensa de Nicol Leiva Solís, aduce

que se incurrió en error de derecho al hacer aplicación de las circunstancias agravantes de los artículos 12 N° 7 del Código Penal, consistente en el abuso de confianza y 12 N° 4 del mismo Código, ensañamiento.

*Séptimo:* Que en el razonamiento duodécimo de la sentencia en estudio, se tuvo por establecido el siguiente hecho: “A principios del año 2009, Ángela Cristina Alcorce Gutiérrez trajo a vivir a la ciudad de Los Andes, a su hija Katalina Noemí Cerda Alcorce, de dos años de edad a esa fecha. Debido a que Ángela Alcorce trabajaba en ese entonces, en un night club, decidió entregar el cuidado de su hija al matrimonio conformado por los imputados Nicol Tamara Leiva Solís y Robinson Mauricio Zamora González, a cambio del pago de una suma de dinero, personas a quienes había conocido meses antes debido a que Robinson Zamora era administrador del night club de nombre “Golden Night” donde había trabajado Ángela Alcorce.

De esta forma, durante ese año 2009, Katalina estuvo al cuidado de los imputados Nicol Tamara Leiva Solís y Robinson Mauricio Zamora González sufriendo maltrato de parte de ambos, hasta que el día 24 de junio de 2009, su madre, Ángela Alcorce, alrededor de las 22:00 horas aproximadamente, llegó desde su trabajo al domicilio de los imputados, ubicado en camino El Sauce de la comuna de Los Andes, donde vivía junto a la menor y al mudarla se percató que ésta presentaba moretones en la parte anterior de sus muslos, sus glúteos y vagina. Frente a esta situación decide encarar a los cuidadores de su hija, reco-

nociendo Nicol Leiva haberle provocado lesiones en sus muslos y glúteos con una correa y haber pellizcado su vagina debido a que se había hecho pipí en la cama, produciéndose una discusión en que Ángela los amenaza con denunciarlos al día siguiente, volviendo a su trabajo en el night club dejando a la menor al cuidado de ambos.

Una vez que la madre de la menor se fue del lugar, los acusados agreden a Katalina Cerda Alcorce en su cabeza, sin que ésta pudiera repeler el ataque, provocándole un traumatismo encéfalo craneano de gravedad, dejándola morir y acordando ambos ocultarla de su madre, indicándole a ésta, alrededor del mediodía del 25 de junio de 2009, que Nicol había tenido que viajar con la menor a Santiago.

Frente a esta situación, con la finalidad de ocultar su crimen y las evidencias que el cuerpo presentaba, deciden deshacerse de éste, para lo cual visten a la niña, la envuelven en una frazada, Robinson coge un bidón con bencina y unas bolsas de basura y se dirigen hasta la cancha del sector El Sauce, tomando en aquel lugar un colectivo que los deja en Avenida Argentina con Hermanos Clark, frente al Hospital de esta ciudad, lugar donde abordaron otro colectivo y se dirigieron hasta la Población Ambrosio O'Higgins de Los Andes. Desde ese lugar, caminaron hasta el sector de La Junta y en un sitio despoblado y eriazo, que se encuentra en contravención con leyes y reglamentos relativos a la inhumación de cadáveres, dejaron a la niña en el suelo, la rociaron con bencina y le prendieron fuego. Luego,

Robinson Zamora tomó el cuerpo de la niña, lo colocó en dos bolsas de basura y depositó sus restos en un hoyo que previamente había cavado con una pala y un chuzo, tapándolo con piedras y tierra para que no fuera encontrado por animales del sector.

Hecho lo anterior, simularon la pérdida de la niña y se dirigieron hasta el club nocturno donde trabajaba su madre, informándole que a Nicol se le había perdido Katalina en un descuido en la estación Mapocho de Santiago, para finalmente dirigirse todos a la Policía de Investigaciones y estampar una denuncia por presunta desgracia”.

Estos hechos constituyen en opinión del tribunal, el delito de homicidio calificado, descrito y sancionado en el artículo 391, circunstancia primera del Código Penal, y el delito de inhumación ilegal del artículo 320 del mismo cuerpo normativo.

*Octavo:* Que, en el motivo vigésimo primero de la sentencia en estudio, los jueces del Tribunal Oral se refirieron a las agravantes cuya aplicación fue requerida por el Ministerio Público, concluyendo en relación al abuso de confianza, que éste “viene dado por el hecho que el agente se vale de esa confianza que la víctima o el agente dispensa en él y se sirve de ella para perpetrar el delito”.

Los jueces describen la situación verificada en el tiempo inmediato al hecho, en relación a la discusión que mantuvo la madre de la menor con la imputada Leiva Solís, por las marcas de golpes que le había encontrado en el cuerpo y que, sin embargo, “...esperanzada de contar con su lealtad y pese

a los maltratos observados en el cuerpo de su hija que fueron provocados por Nicol como castigo, la dejó al amparo de la pareja para irse a ejercer la prostitución, único medio que tenía para sobrevivir...”.

Luego expresan los jueces que: “Así entonces, los acusados dan muerte a la niña para impedir que Ángela cumpliera su amenaza de denunciarlos por los maltratos proferidos a Katalina, aprovechándose de la confianza que depositó en ellos esa noche, dejándola bajo su discrecional cuidado, bajo su falsa creencia de la existencia de un genuino cariño que racionalmente les impediría actuar así...”.

“Esa fue precisamente la confianza traicionada por los acusados en la noche del día 24 de junio que terminó con la vida de Katalina, a quien dieron muerte precisamente aprovechando esa equivocada esperanza de lealtad depositada por Ángela Alcorce sobre su hija. Valga decir también que la propia víctima habría tenido esa confianza en los que finalmente le dieron muerte, pues según los dichos de los propios acusados y de Ángela, los reconocía como personas muy cercanas, incluso llamando a Robinson como papá”.

*Noveno:* Que como se advierte de la lectura de los pasajes transcritos de la sentencia, los jueces hacen consistir el abuso de confianza en que atendido el hecho que la madre de la menor había anunciado a los acusados que los denunciaría por los maltratos inferidos a su hija, de igual modo la dejó a su cuidado, confiada en que la cuidarían, además, de la confianza que la misma

niña les tenía, por ser personas muy cercanas para ella.

Las juezas de tribunal, acertadamente sostuvieron en el párrafo tercero del considerando vigésimo primero, que “...el abuso viene dado por el hecho que el agente se vale de esa confianza que la víctima o el agente dispensa en él y se sirve de ella para perpetrar el delito”. Si bien esa frase es efectiva y corresponde a la naturaleza de la agravante en estudio, sin embargo, luego proceden a aplicarla prescindiendo de lo que ellas mismas habían advertido sobre la exigencia de su procedencia.

En efecto, y tal como se lee de los pasajes transcritos del fallo, las juzgadas confundieron argumentos que ellas mismas adujeron para sostener la participación de los acusados, con elementos propios de la agravante, al explicar que los imputados dieron muerte a la niña para impedir que Ángela cumpliera la amenaza de denunciarlos por los maltratos —lo que se señaló como indicio de motivo—, agregando que ellos se aprovecharon de la confianza depositada en ellos esa noche.

Empero, es un hecho de la causa que los acusados estaban al cuidado de la niña desde hacía ya varios meses y que Ángela Alcorce tenía dos trabajos, uno desde las 16:30 hasta las 22:00 (éste al menos por un tiempo) y otro desde las 22:30 hasta las 06:00 ó 07:00 de la mañana del día siguiente, de modo que a la casa llegaba prácticamente sólo a dormir. En tales circunstancias, Nicol Leiva y Robinson Zamora estaban al cuidado de la niña y ello derivaba de un acuerdo que existía entre los involucra-

dos, habiéndose dejado incorporado en el hecho que se tuvo por demostrado, que lo hacían a cambio del pago de una suma de dinero, sin perjuicio de los agregados de cariño que haya hecho la madre y descrito el tribunal en algunos pasajes del fallo en revisión.

No existe abuso de confianza en consecuencia, desde que la situación de estar al cuidado de la niña, no fue buscada por los acusados para la comisión del delito, ya que ellos no se prevalieron de tal circunstancia para su perpetración. La circunstancia existía en forma previa y no aparece que hayan necesitado efectuar un aprovechamiento indebido del vínculo para lograr realizar el delito con seguridad. Ello no cambia por haberse incorporado por las juezas un dato adicional que pretende hacer una modificación en la situación del tiempo previa a la muerte de la niña, cuando aducen que los acusados dan muerte a la niña para impedir la denuncia "...aprovechándose de la confianza que depositó en ellos esa noche, dejándola bajo su discrecional cuidado, bajo su falsa creencia de la existencia de un genuino cariño que racionalmente les impediría actuar así". La expresión "esa noche" pareciera querer hacer una distinción —no explicitada— con las noches o días previos al largo período que duró el cuidado de la niña a manos de los acusados, derivada posiblemente del hecho que como momentos antes los había amenazado con denunciarlos por los maltratos, ahora la confianza depositada fuera tanto mayor al dejar a la niña a su cuidado y, en consecuencia, el aprovechamiento de aquélla fuera posible.

Sin embargo, ello no resulta sostenible porque si se pretende que la amenaza de denuncia ante posibles maltratos, pudiera modificar la situación existente entre Leiva, Zamora y Alcorce, en relación al cuidado de la niña, era precisamente lo contrario, ya que establecía un clima de desconfianza y generaba una exigencia de mayor cuidado para los sospechosos.

*Décimo:* Que, en consecuencia, resulta ser efectivo que las juezas del tribunal oral incurrieron en error de derecho al hacer procedente la agravante de abuso de confianza, por lo que el recurso será acogido en esta parte.

*Undécimo:* Que, en lo que atañe a la agravante de ensañamiento, fueron las mismas juezas del tribunal, quienes llamaron a las partes a debatir sobre la existencia de la agravante del artículo 12 N° 4 del Código Penal, esto es, el ensañamiento, lo que se advierte del razonamiento vigésimo cuarto de la sentencia. A ella adhirió al fiscal del Ministerio Público quien estimó concurrentes sus elementos objetivos y subjetivos, aduciendo, en síntesis, que se trataba de causar otros males innecesarios para la ejecución del delito, lo que se habría producido no sólo por haber quemado a la niña, sino también, por el sufrimiento innecesario del padre que buscó a su hija por un año y medio. La querellante la estimó igualmente concurrente por el engaño y la puesta en escena dada por el despliegue que hicieron los acusados para encubrir el delito. En tanto el representante del Sename, que también estuvo de acuerdo con su imposición, adujo que se satisfacían las exigencias

de tal agravante desde que existió la intención de causar a la víctima un sufrimiento inhumano, porque era menor, desnutrida y pequeña, fue golpeada y se la dejó agonizando en su cama y luego, además, la quemaron.

La defensa de Nicol Leiva pidió el rechazo de la agravante, porque si se asentaba en el hecho de quemar a la menor estando viva, ello no estaba descrito en la acusación, incurriéndose por tanto, en una infracción al principio de congruencia. Y, si se refiere a quemar el cuerpo de la menor cuando ya estaba muerta, ocurre que la acción homicida estaba agotada con su fallecimiento, de modo que no procede la agravante, puesto que aquella procede cuando se aumenta el daño que sufre la víctima a consecuencia del delito. Además, en el caso, lo que se buscaba era el ocultamiento del hecho.

La defensa de Robinson Zamora, también pidió su rechazo por estimar que el ensañamiento procede respecto de una persona viva.

Sin embargo, los jueces decidieron en el razonamiento vigésimo quinto de la sentencia impugnada, hacer procedente la circunstancia agravante en estudio teniendo presente para ello que "...los acusados Zamora y Leiva no sólo provocaron a la menor un traumatismo encefalo craneano de gravedad que la condujo necesariamente a la muerte, sino que también, antes de proceder a su inhumación ilegal, deciden deshacerse del cuerpo y así ocultar toda evidencia, para lo cual, deliberadamente se hicieron de un acelerante y en el sitio eriazco escogido para su ocultación, utilizarlo

para prender fuego al cuerpo sin vida de la menor...".

Explican que la agravante corresponde al aumento deliberado del mal del delito, causando otros males innecesarios para su ejecución. Citan al profesor Mario Garrido Montt, en su texto Derecho Penal, Parte General, página 248, en cuanto a que "...objetivamente debe causar un mal superior a aquel que es normal conforme a la acción realizada, en este caso, matar a otro, de modo que lo que se sanciona es el plus de perjuicios causados por el sujeto innecesariamente, reflejando una mayor malignidad de parte del delincuente traducido en daños, perjuicios o lesiones de índole diversa". Más adelante explican que según ese mismo autor, la diferencia del ensañamiento en cuanto calificante y agravante, está precisamente en que en este segundo caso, es más general y no se circunscribe al aumento inhumano del dolor, por tanto podría tener un rol distinto, como es el caso del descuartizamiento del cadáver que cita el mismo profesor Garrido y, en el mismo sentido, el profesor Etcheberry, distingue la posibilidad de aumentar el mal del delito, pero cualquiera que sea y que, además, puede recaer sobre cosas o personas distintas de la víctima.

Concluye finalmente el tribunal, en el penúltimo y último párrafos del considerando vigésimo quinto, que "...no podía menos que configurarse esta agravante a propósito del delito de homicidio, pues subjetivamente está íntimamente relacionado con él, pues sólo resulta explicable como un modo de aseguramiento de la impunidad de

dicho ilícito y no de otro, de manera tal que el mal causado, aunque innecesario para el fin propio del delito, es decir la muerte de un ser humano, resultó complementario de éste, agregándole entonces la malignidad que se requiere para hacer procedente esta agravante.

Por último, no cabía menos que considerarlo así, pues de lo contrario no habría existido sanción alguna atribuible a ese mayor injusto pues se encontraría en una etapa intermedia entre la comisión de dos delitos independientes como son el homicidio y la inhumación ilegal, lo que parece racionalmente intolerable”.

*Duodécimo:* Que antes de examinar las exigencias de la agravante de que se trata, no puede pasar inadvertido que las juezas del tribunal oral incurren en una grave contradicción en sus argumentos, como además, en una declaración que resulta contraria al principio de legalidad.

En cuanto a la primera, a pesar de reconocer que la agravante corresponde al aumento deliberado del mal del delito, causando otros males innecesarios para su ejecución, dijeron sin embargo, que el actuar de los acusados estaba íntimamente ligado con el delito de homicidio “...pues sólo resulta explicable como un modo de aseguramiento de la impunidad de dicho ilícito...”, en circunstancias que la impunidad del hecho está fuera de los elementos del delito y corresponde a una actividad propia de ocultamiento de evidencias o de quien quiere evitar el descubrimiento del mismo. Nada más ajeno a la naturaleza de una agravante como la sometida al

estudio de este tribunal. Si se admite que corresponde al aumento deliberado del mal del delito, no es posible entonces situar el hecho con posterioridad al ilícito y, en el caso, el tribunal oral aceptó lo primero y, sin embargo, argumentó en relación a lo segundo.

De otra parte, la última frase del considerando vigésimo quinto del fallo en análisis, resulta cuestionable, al expresarse que “...no cabía menos que considerarlo así, pues de lo contrario no habría existido sanción alguna atribuible a ese mayor injusto pues se encontraría en una etapa intermedia entre la comisión de dos delitos independientes... el homicidio y la inhumación ilegal, lo que parece racionalmente intolerable”. Esto es, quemar a la niña no era parte del homicidio ni de la inhumación ilegal, pero constituye un mayor injusto que debía ser considerado agravante, porque de otro modo habría resultado sin sanción y ello sería intolerable. Esto no corresponde a un fundamento jurídico y, por cierto, no autoriza la imposición de una pena mayor, sino que aparece como un juicio de reproche social, que si hace intolerable el hecho en esta sede como argumento para justificar la imposición de una pena más alta, constituye una infracción al principio de legalidad.

Ahora bien, en cuanto a las exigencias de la agravante del artículo 12 N° 4 del Código Penal, éste expresa: “Aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución”. Para el profesor Enrique Cury, objetivamente se manifiesta en la agregación de males que son innecesarios para la ejecución

del delito. “No son males susceptible de apreciación aquellos de que la víctima no puede percibirse, como verbigracia, el descuartizamiento del cadáver o el dar de golpes al lesionado que se encuentra inconsciente”. Lo relevante es el agregado de males superfluos que implican un daño mayor y un atentado accesorio contra los sentimientos de piedad imperantes en el grupo social. (Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica, año 2005, p. 529).

Por su parte, Eduardo Novoa Monreal, al explicar los dos elementos de la agravante en estudio, sostiene que no sólo debe concurrir en elemento objetivo de “lujo de males”, sino también el ánimo de aumentar deliberadamente el mal causado con el delito, de modo tal que “para la concurrencia de la agravante no basta con que se ataque con saña al ofendido, si con ello no se obtiene más que el propósito del delincuente de herir o de matar; que el alto número de heridas que tenga la víctima no demuestra por sí solo que exista la agravante; que ella no concurre si el mal excesivo se causó para ocultar el delito o borrar sus huellas”. (Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo II, Parte General, p. 49).

Aquí se trata de males correspondientes a la índole del delito cometido, pero que exceden en cuantía o intensidad a los necesarios para consumar el delito o lograr la finalidad perseguida por el sujeto. (Texto y Comentario del Código Penal Chileno, T. I, Libro Primero, Parte General, p. 194).

El “mal del delito” en el homicidio, es la muerte de la víctima, de modo que

una vez extinguido el bien jurídico vida humana autónoma, por la agresión en su contra, no es posible incrementar ese mal.

Como se advierte, en el caso concreto, no se describe en el hecho que se ha tenido por probado el elemento objetivo como tampoco el subjetivo de la agravante, desde que el proceso de quemar el cuerpo de la menor, fue posterior al homicidio de aquélla y claramente orientado, tal como el tribunal lo dejó asentado, a la ocultación de ese delito.

*Decimotercero:* Que, por las consideraciones precedentes, el recurso deducido será también acogido en relación a la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por haberse incurrido en errónea aplicación del derecho al estimarse configurada la agravante del artículo 12 N° 4 del Código Penal.

RECURSO DE NULIDAD DEDUCIDO POR LA DEFENSA DE ROBINSON ZAMORA GONZÁLEZ.

*Decimocuarto:* Que por este libelo se dedujo como causal principal la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, denunciándose infracción a la presunción de inocencia, al derecho a no ser tratado como culpable y al principio *in dubio pro reo*, como garantías del debido proceso.

Aduce este recurrente que en el considerando 18° del fallo impugnado, la muerte de la niña quedó acreditada con su certificado de defunción, coherente con los dichos de los peritos Germán Tapia y José Belletti, donde el primero indicó que la muerte de la niña era violenta del tipo homicida mientras no

se demostrase lo contrario, cosa que en el caso no sucedió y el segundo señaló que esta muerte violenta se provocó por la acción de terceros y que su causa se debió a un traumatismo craneo encefálico, no quedando duda alguna del fallecimiento y de su causa de muerte.

La defensa reclama que el tribunal aplicó una presunción de culpabilidad dejando en evidencia falta de fundamentos, porque los peritos explicaron tan sólo que la muerte habría sido violenta y por acción de terceros, pero sin decir cómo ni de qué manera, en circunstancias que la ley obliga a los jueces al análisis de toda la prueba y a una fundamentación que permita la reproducción del razonamiento, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Agrega la defensa que no es posible dictar una sentencia condenatoria en base a mera prueba indirecta, si existe una explicación alternativa razonable, careciendo el fallo de sustento irrefutable sobre la causa de la muerte y participación de Zamora, desde que se ha puesto énfasis en el hecho que los imputados quemaron y enterraron el cuerpo de la niña, lo que no está en discusión porque fue reconocido por los acusados.

Se critican luego los indicios establecidos por el tribunal para arribar a decisión de condena: 1) indicio de oportunidad porque la niña estaba con los acusados. Sin embargo, la defensa adujo la existencia de un golpe sufrido 3 días antes que le provocó un tec que le llevó a la muerte, sin que se haya

podido establecer la data de muerte.

2) Indicio de capacidad o personalidad delictiva. Lo descarta la defensa porque según la propia madre de la víctima, Zamora era como un padre para la niña, al punto que ella le decía papá. Es un motivo infundado y discriminatorio.

3) Indicio de actitud posterior, en torno a quemarla y ocultar el cuerpo. La defensa sostiene que según expertos la acción del fuego fue mínima, porque el cadáver presentaba el cabello y su ropa intacta.

4) Indicio de móvil delictivo, porque son resultado de la declaración acomodada de la madre que sólo vino a hablar de los golpes cuando se encontró el cuerpo y no cuando la niña se dio por desaparecida.

5) Indicio de actitud sospechosa: porque se habrían mostrado consternados por la pérdida de la niña, lo que según la defensa era natural, porque habrían cometido una inhumación ilegal.

6) Indicios de mala justificación, en cuanto a que la niña sufre una caída y no la llevan al hospital por supuestos temores descartados por el tribunal. La defensa dice que ello era concordante con lo dicho por los acusados y parientes de Zamora y también con dichos de su ex pareja, Marcela Urbina.

7) Indicios de oportunidad en que surge la tesis del accidente: era natural que lo hiciera después de la inhumación ilegal. Además trató de encubrir a su pareja Nicol Leiva.

Acto seguido se refiere a los informes de autopsia y médico forense incorporados al juicio y concluye que en ninguno de ellos se explicitó la causa de muerte. Por el contrario, se descartó el maltrato infantil y, sin embargo, de ma-

nera temeraria en opinión de la defensa, el experto Germán Tapia Coppá explicó que “por las circunstancias en que es hallado el cuerpo, es dable plantear venturosamente que se trata de una muerte violenta de tipo homicida”. El informe policial firmado por el doctor Belletti concluyó que el mecanismo que mejor explicaba la muerte era el traumatismo craneo encefálico, reconociendo el tec por caída; criticó la falta de auxilio que “podría” haber evitado el fallecimiento; y caracterizó la muerte como homicida de tipo violenta por las circunstancias del hallazgo del cuerpo.

Estos informes permiten a la defensa concluir que los conocimientos científicamente afianzados no permiten determinar cuál sería la causa de muerte de la menor.

Asimismo, este recurrente reclama que con las interceptaciones telefónicas se violó el derecho a guardar silencio de Zamora, porque ese inculpado se acogió a su derecho a guardar silencio y fue intervenido su teléfono, usándose lo oído en tales interceptaciones como sustento para condenarlo, en circunstancias que debieron ser excluidas. Fue la defensa de Nicol Leiva la que presentó la interceptación como prueba y se realizó cuando Zamora estaba detenido en el cuartel. Las juezas (en el motivo 15º) desecharon solicitud de valoración negativa, porque no estaba incomunicado y porque no se pidió exclusión cuando correspondía, en la audiencia preparatoria.

Por último, se denuncia violación al principio del *non bis in idem*, lo que se produjo porque la inhumación ilegal constituye un auto encubrimiento, no

prohibido por el ordenamiento jurídico. Se trató sólo de un acto posterior copeñado, que encubriera el delito principal, por lo tanto, no corresponde aplicar pena desproporcionada.

Concluye esta causal, solicitando la declaración de nulidad del fallo y del juicio y que se realice nuevo juicio por tribunal no inhabilitado.

*Decimoquinto:* Que en subsidio de la causal antes descrita, se invocó la del artículo 374 letra e) en relación al 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal, la que se produjo porque la sentencia no valoró de ninguna forma el informe del perito antropológico Eduardo Sarué Díaz, sobre el empacho y el mal de ojo que motivaron hechos anteriores o coetáneos a la muerte de la menor.

Porque la sentencia contradice –vulnerando la lógica– el testimonio de Marcela Urbina, al asignar mérito parcial a su versión original.

En esta sección se solicita la nulidad sólo del fallo y sentencia de remplazo.

*Decimosexto:* Que, por último, en subsidio de las dos causales previas, anuncia la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, porque no es posible hablar de homicidio calificado con alevosía, desde que no puede ser alevoso el homicidio de una menor porque es inherente a su comisión la existencia de una notable diferencia de fuerza entre la víctima y el acusado. Cita al Ministro Sr. Künsemüller (en fallo rol N° 4164-2002) “...la sola indefensión de la víctima no basta para afirmar la existencia de la alevosía, siendo necesaria alguna evidencia de que el estado de indefensión fue el motivo decisivo del

ataque que, de no haber existido aquella, no se habría producido”. También cita a Politoff, Matus y Ramírez, “La circunstancia consiste, básicamente, en el aprovechamiento por parte del autor de la indefensión de la víctima, lo que le da un carácter marcadamente subjetivo. De allí que el ataque a un niño o a un ciego no sea siempre necesariamente alevoso”.

Se acogió, erradamente en concepto de la defensa, la agravante de ensañamiento, que tomaron en cuenta las juezas, por haber aplicado fuego al cadáver y que distinguieron de la calificante del homicidio que se refiere a aumentar el dolor del ofendido.

La defensa considera que quemar el cuerpo sólo respondía al intento de encubrir el delito, que no es sancionable porque se refiere a un hecho propio.

También se reclama porque se aplicó la agravante de abuso de confianza, que en el caso era inherente al delito cometido.

Termina su libelo, requiriendo se invalide tan sólo la sentencia y que se pronuncie fallo de reemplazo por el cual se aplique la pena que en derecho corresponda.

*Decimoséptimo:* Que en cuanto a la causal principal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, deducida por la defensa de Zamora González, en relación a la infracción de la presunción de inocencia, el derecho a no ser tratado como culpable y el principio *in dubio pro reo*, como garantías del debido proceso, se estará a lo ya resuelto en el motivo cuarto de esta sentencia en cuanto se analizó y falló idéntica pretensión pro-

puesta por la defensa de Nicol Leiva Solís.

*Decimoctavo:* Que en cuanto la causal principal se refiere a la imposibilidad de dictar sentencia condenatoria en base a prueba indirecta si existe explicación alternativa razonable, baste decir que para que ello fuera cierto, sería preciso que existiera duda razonable, que no es lo argumentado por la defensa, lo que desde ya resulta suficiente para el rechazo del motivo esgrimido. Sin embargo, es posible agregar a esta solicitud que, como ya se razonó también en el considerando quinto de este fallo, la teoría del caso de las defensas que consistía en que la menor sufrió una caída accidental en la que se golpeó la cabeza, sin que recibiera atención médica oportuna e idónea, fue analizada por el tribunal y descartada con fundamentos, de modo que no se está en el caso, ante una explicación alternativa razonable, puesto que se probó que esa situación no existió.

*Decimonoveno:* Que en cuanto se reclama violación al derecho a guardar silencio de Zamora González por la existencia de interceptaciones telefónicas practicadas mientras estaba detenido, ocurre que por tratarse de la denuncia de una infracción de procedimiento, ha debido prepararse por medio del reclamo oportuno y por los medios correspondientes, lo que en el caso no sólo no se probó, sino que ni siquiera se argumentó, lo que conduce a su necesario rechazo, siendo por tanto innecesario su análisis.

*Vigésimo:* Que en lo que atañe a la denuncia de violación al principio del *non bis in idem*, reclama la defensa de

Zamora que ello se produjo porque se sancionó a ese acusado por el delito de inhumación ilegal, en circunstancias que aquél sólo respondió a un acto posterior al hecho delictivo y para encubrir el primero, de modo que corresponde a un hecho no prohibido por el ordenamiento jurídico.

En relación a este punto, conforme se aprecia del hecho que se ha tenido por demostrado, en lo pertinente, se sostiene: “Una vez que la madre de la menor se fue del lugar, los acusados agreden a Katalina Cerda Alcorce en su cabeza, sin que ésta pudiera repeler el ataque, provocándole un traumatismo encefalo craneano de gravedad, dejándola morir y acordando ambos ocultarla de su madre, indicándole a ésta, alrededor del mediodía del 25 de junio de 2009, que Nicol había tenido que viajar con la menor a Santiago.

Frente a esta situación, con la finalidad de ocultar su crimen y las evidencias que el cuerpo presentaba, deciden deshacerse de éste, para lo cual visten a la niña, la envuelven en una frazada, Robinson coge un bidón con bencina y unas bolsas de basura y se dirigen hasta la cancha del sector El Sauce, tomando en aquel lugar un colectivo que los deja en Avenida Argentina con Hermanos Clark, frente al Hospital de esta ciudad, lugar donde abordaron otro colectivo y se dirigieron hasta la Población Ambrosio O’Higgins de Los Andes. Desde ese lugar, caminaron hasta el sector de La Junta y en un sitio despoblado y eriazo, que se encuentra en contravención con leyes y reglamentos relativos a la inhumación de cadáveres, dejaron a la niña

en el suelo, la rociaron con bencina y le prendieron fuego. Luego Robinson Zamora tomó el cuerpo de la niña, lo colocó en dos bolsas de basura y depositó sus restos en un hoyo que previamente había cavado con una pala y un chuzo, tapándolo con piedras y tierra para que no fuera encontrado por animales del sector”.

Como se advierte de la simple descripción del hecho punible que tuvo por cierto el tribunal, el intento de quemar el cuerpo de la niña y el haberlo enterrado, fueron hechos con la finalidad de ocultar su crimen y las evidencias que el cuerpo presentaba. Esto es, no hay duda que estos actos posteriores al homicidio de la niña tuvieron por único objetivo el ocultamiento de un delito propio y como tales, están consumidos por el homicidio al que acceden y a cuyo encubrimiento apuntaban.

En este sentido, existe efectivamente una violación al principio del *non bis in idem*, puesto que una conducta única se está sancionando dos veces por la vía de calificar un mismo hecho como dos injustos diversos, razón por la cual este capítulo de la causal principal de la defensa de Zamora González será acogido.

*Vigésimo Primero:* Que por encontrarse la situación descrita en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 360 del Código Procesal Penal, la decisión adoptada respecto de Zamora sobre este asunto se extenderá a Nicol Leiva Solís.

Asimismo, dado que la infracción que se reclama se encuentra dentro de las prescripciones del artículo 385 del

Código antes citado, puesto que este capítulo de la causal no se refiere a una infracción cometida durante el procedimiento, sino que a una verificada en el pronunciamiento de la sentencia, como además, se refiere al caso en que se ha calificado como delito un hecho que la ley no considera tal, corresponde a una situación en que esta Corte está facultada para dictar fallo de reemplazo. Asimismo, si bien se ha solicitado por esta causal la invalidación del juicio y del fallo y que se realice un nuevo juicio, lo cierto es que el recurrente ha pedido más de lo que es preciso otorgarle, de modo que ha dado competencia a estos juzgadores en los términos del artículo 360 del Código Procesal Penal, para pronunciar sentencia de reemplazo.

*Vigésimo Segundo:* Que en cuanto a la causal subsidiaria del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, ésta será desestimada desde luego, puesto que sin perjuicio que de la simple lectura de la sentencia aparece que el informe del perito Sarué Díaz sí fue valorado, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, según se advierte del petitorio de esta causal, se ha requerido sólo la invalidación del fallo y el pronunciamiento de sentencia de reemplazo, lo que es imposible por tratarse de una causal absoluta, que impone tanto la nulidad del fallo como del juicio oral que le antecedió y, por ende, la realización de un nuevo juicio por tribunal no inhabilitado.

*Vigésimo Tercero:* Que en cuanto a la última causal subsidiaria deducida por la defensa de Zamora González, del artículo 373 letra b) del Código Procesal

Penal, se ha impugnado la tipificación que el tribunal hizo del hecho que tuvo por establecido, no en cuanto a la figura del homicidio, sino en relación a que éste fuera calificado por la concurrencia de la alevosía, puesto que estima que esa circunstancia no era procedente desde que resultaba inherente a la comisión del hecho, la existencia de una notable diferencia de fuerza entre la víctima y el acusado.

El tribunal trató la tipificación de los hechos establecidos en el motivo decimoctavo de la sentencia impugnada, donde se dejó consignado que el homicidio de la menor Katalina Cerda Alcorce fue calificado por haberse cometido con alevosía, la que se explicó señalándose que en el caso concurría bajo la “modalidad de obrar sobre seguro, y respecto de una víctima a quien se le eliminó toda posibilidad de defensa atendido el contexto y dinámica completa de cómo se desarrollaron estos hechos”.

Explican las juezas más adelante que “...Katalina fue agredida por los acusados, quienes arremetieron en su contra descargando toda su furia, precisamente al tener la certeza y seguridad que Ángela no llegaría hasta la madrugada, aprovechándose de esa circunstancia y de la desmejorada y total indefensión en la que encontraba la menor para agredirla, dirigiendo golpes en un órgano altamente sensible y vital como lo es el cerebro de un ser humano, más aún, el de una pequeña niña que por condiciones fisiológicas no tenía una normal motricidad, y que sólo balbuceaba algunas palabras, lo que le impedía a todas luces zafarse de

sus agresores y delatarlos. Katalina no sólo se hallaba indefensa, porque su madre no llegaría intempestivamente al dormitorio a evitar los maltratos de que fue presa, defendiéndola, sino por una condición consustancial a ella al existir una enorme desproporción entre los dos adultos y una niña de tres años de edad, mucho más pequeña y delgada que otra menor de su misma edad. Por otra parte, claramente la ausencia de Ángela aquella noche, resultó determinante en la ejecución del delito en términos que si los acusados no hubiesen tenido certidumbre que la mujer no llegaría sino hasta tempranas horas de la mañana, no se hubiese verificado el ataque ya que jamás lo harían arriesgándose a que Ángela junto a su pequeña hija pudieran eludir tal accionar, defendiéndose, no existiendo ningún riesgo ni peligro para los ofensores”.

*Vigésimo Cuarto:* Que los hechos descritos no corresponden a la circunstancia primera que describe el Código Penal y que autoriza la calificación del homicidio, desde que es un hecho de la causa que la madre de la menor se ausentaba todas las noches, al menos desde las 22:00 horas y hasta las 06:00 ó 07:00 del día siguiente e incluso más tarde, de modo que tal no corresponde a una situación buscada ex profeso por los acusados para la comisión del ilícito, sino que se ajusta al desarrollo de un día habitual de los acusados y donde lo normal—dentro de lo anormal que resulta la comisión de un ilícito—es que se cometa cuando nadie puede evitarlo.

De otra parte, las juezas del tribunal oral aducen que la menor edad de la

niña, así como su poca destreza física y hasta su dificultad para expresarse habrían sido aprovechadas por los acusados para la comisión del hecho. Ello tampoco resulta ser efectivo y así está descrito en el mismo hecho que se ha tenido por comprobado, puesto que la menor vivía en el domicilio de los acusados desde hacía un tiempo y sus características físicas no fueron buscadas de propósito por los acusados para la comisión del delito. No existe una situación dolosamente creada por aquéllos ni tampoco el haberse prevalido de las condiciones de la niña para cometer el delito con facilidad y sin riesgo propio. La situación doméstica era la misma desde hacía tiempo y no fue la deficiente condición de salud de la niña la que los movió a ejecutar el hecho.

Al respecto, actuar sobre seguro, es el aprovechamiento de circunstancias materiales favorables buscadas de propósito por el hechor con el fin de asegurar el éxito de la acción delictiva y neutralizar los posibles riesgos que pudieran emanar de una probable defensa de la víctima. Significa ocultamiento del cuerpo del hechor, o de los medios ejecutivos, con el fin de provocar la indefensión de la víctima y la ventaja o seguridad del hechor. Según nuestra jurisprudencia, “se actúa sobre seguro, esto es, libre de daño o riesgo, sin proporcionar a la víctima la oportunidad de que se defendiera o rechazara la agresión” (SCS 30.05.52, RDJ, t. 49, 2ª parte, sec. 4ª, p. 178) o “aprovechándose de situaciones o de artificios que permiten cometer el delito sin temer el fracaso y sin riesgos para el agresor,

que es lo que constituye obrar con seguridad” (SCS 06.04.76, RDJ, t. 73, 2ª parte, sec. 4ª, p. 133). A su turno, “Hay acuerdo en doctrina y jurisprudencia en el sentido que tanto en la actuación traicionera como en el proceder sobre seguro, no basta con el elemento material u objetivo de la indefensión de la víctima, sino que es imprescindible que el hechor haya buscado de propósito esa situación favorable para cometer específicamente el delito en ese contexto. La agravante no se configura con el hecho de que objetivamente se den las circunstancias favorables que le son inherentes; requiere además que el sujeto actúe con un especial ánimo, “ánimo alevoso”, elemento subjetivo que implica el buscar o procurar expresamente circunstancias especialmente favorables y no simplemente servirse o aprovecharse de ellas cuando están dadas. Así lo ha resuelto también nuestra jurisprudencia al señalar que “el simple azar de circunstancias favorables no es motivo suficiente para estimar que un homicidio ha sido cometido con alevosía. En efecto, las condiciones de aseguramiento deben haber sido especialmente buscadas o procuradas por el hechor, lo que revela la existencia del ánimo alevoso, que es un elemento subjetivo, como se deduce del Código español y del nuestro” (SCS 09.11.70, RDJ, t. 67, 2ª parte, sec. 4ª, p. 462). (Texto y comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica).

*Vigésimo Quinto:* Que, en la forma que se ha descrito, se incurrió efectivamente en un error de derecho al estimar concurrente la alevosía en el delito in-

vestigado, por lo que esta última causal deducida en forma subsidiaria por la defensa de Zamora González será acogida, efecto que también se extenderá en beneficio de Nicol Leiva Solís, por encontrarse en la situación regulada en el inciso segundo del artículo 360 del Código Procesal Penal.

*Vigésimo Sexto:* Que en cuanto por la causal subsidiaria de infracción de derecho, invocada por la defensa de Zamora González, se ha denunciado vulneración a los artículos 12 N° 4 y 7 del Código Penal, por haberse hecho aplicación de las agravantes de ensañamiento y de abuso de confianza, atendido que ambas infracciones fueron también ventiladas en el recurso de Nicol Leiva y ya resueltas en los motivos noveno y desde el undécimo al decimotercero de este fallo, se estará a los fundamentos allí vertidos y se acogerá este recurso también en esa parte de conformidad a tales argumentos.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373, 374, 360 y 385 del Código Procesal Penal, se acogen los recursos de nulidad deducidos a fs. 382 y 441 por las defensas de Nicol Leiva Solís y Robinson Zamora González, el primero, sólo respecto de la causal del artículo 373 letra b) y el segundo, sólo parcialmente respecto de la causal del artículo 373 letra a) y b), todas ellas del Código arriba citado, y se invalida sólo la sentencia de quince de julio de dos mil doce, cuya copia está agregada a fs. 1 y siguientes de este legajo, pronunciada en el proceso RUC 0900625446-k, RIT 26-2012, la que se reemplaza por la que

se dicta a continuación, sin nueva vista y en forma separada.

Acordado el rechazo de la causal absoluta del recurso deducido por la defensa de la imputada Nicol Leiva Solís, con el voto en contra del Ministro Sr. Brito, quien estuvo por acogerla, por estimar que el fallo incurrió en la causal de nulidad prevista en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en cuanto carece de la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y de la valoración de los medios de prueba que fundamentan tales conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del mismo Código, en cuanto a que el hecho de la muerte haya sido buscado a propósito y no sea consecuencia de un golpe accidental, puesto que los razonamientos de la sentencia no explican completamente esta cuestión, esto es, mostrando la gestación de la conclusión mediante razonamientos desarrollados con sujeción a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científico afianzado, como lo dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal.

En estas circunstancias debe aceptarse la denuncia de la defensa en cuanto sostiene que, por la carencia del informe médico, no quedó probada la ocurrencia de un traumatismo encéfalo craneano, ante lo cual el tribunal recurre a antecedentes ajenos a esta lesión para reconstruirla, sin que exista entre estos elementos de convicción un claro hilo conductor, apareciendo en dicho raciocinio al menos dos argumentos que contrarían la lógica y las máximas

de la experiencia. El primero de éstos consiste en que los funcionarios policiales asignan la calidad de violenta a la muerte de la niña, sólo por las circunstancias del hallazgo, y “mientras la investigación policial no demuestre lo contrario”. Esta premisa fue aceptada por la sentencia, pero el proceso de justificación es deficiente porque no descarta otras hipótesis relativas a la muerte que también pueden tenerse como razonables. El segundo, dice relación con que el experto Belletti descartó desde la literatura científica que fuera cierto el accidente esgrimido por los acusados y, sin embargo, aceptó la sintomatología de tres días descrita por Zamora para afirmar que aquella explicaba un traumatismo encéfalo craneano en evolución, y que no era posible que pudiera ser referida por una persona ignorante en la materia.

Tales contradicciones permiten al disidente sostener que se ha incurrido en la causal de nulidad absoluta invocada por la defensa, por lo que fue de parecer de invalidar el fallo y el juicio oral por este motivo y ordenar la práctica de un nuevo juicio respecto de ambos imputados, de conformidad con lo previsto en el artículo 360 inciso segundo del Código Procesal Penal.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Haroldo Brito Cruz.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Alfredo Pfeiffer R. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. No firman el Ministro Sr. Brito

y el Abogado Integrante Sr. Lagos, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso y ausente, respectivamente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

Rol N° 5833-2012.

En cumplimiento a lo ordenado en el fallo precedente y a lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Santiago, diecisiete de octubre de dos mil doce.

Vistos:

Se reproducen de la sentencia anulada con esta misma fecha, los considerandos primero a undécimo y decimocuarto a decimoséptimo; también los razonamientos vigésimo; último párrafo del vigésimo primero; vigésimo segundo, vigésimo tercero; del vigésimo sexto, sólo sus acápites primero y segundo; y del vigésimo sexto al trigésimo primero, ambos inclusive.

Se copia el duodécimo, previa eliminación de su último párrafo.

Se reproducen los párrafos primero a sexto del motivo decimooctavo, previa sustitución en su acápite primero de la referencia al “N° 1” del artículo 391 del Código Penal por la del “N° 2°” del mismo. En ese mismo acápite, se suprime la expresión “circunstancia primera” y toda la frase final que comienza con “y artículo 320...” hasta su término.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

1° Que el hecho establecido en el razonamiento duodécimo de la sentencia del juicio oral, recién reproducido,

debe calificarse como constitutivo del delito de homicidio simple previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, pues no concurre ninguna circunstancia calificante.

2° Que como ya se razonó en el motivo noveno, y en los undécimo a decimotercero del fallo de nulidad que precede y que se tienen por reproducidos, en la especie no concurren las circunstancias agravantes de abuso de confianza y ensañamiento. En consecuencia, favorece a la acusada Nicol Leiva Solís la atenuante de su irreprochable conducta anterior, y atendido el hecho que el imputado Robinson Zamora González registra dos anotaciones previas en su extracto de filiación, no hay modificatorias de responsabilidad que considerar a su favor.

3° Que, por otra parte, por haberse concluido la errónea aplicación de ley en cuanto al delito de inhumación clandestina, puesto que los hechos en que se la hizo consistir en la acusación fueron inherentes al encubrimiento del delito, se absolverá a los acusados por ese cargo.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal y artículos 1°, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 25, 27, 30, 47, 50, 68, 69 y 391 N° 2 del Código Penal, se declara que se absuelve a Nicol Tamara Leiva Solís y a Robinson Mauricio Zamora González del cargo de ser autores del delito de inhumación ilegal.

Se condena a los mencionados Nicol Tamara Leiva Solís y a Robinson Mauricio Zamora González, por su responsabilidad como autores del delito de homicidio simple de la menor Katalina

Noemí Cerda Alcorce, cometido el 25 de junio de 2009, a la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares por el tiempo de la condena.

Aplíquese en abono al cumplimiento de las penas corporales impuestas, el tiempo que han permanecido privados de libertad los acusados con motivo de esta causa.

Se exime a los condenados del pago de las costas del proceso.

Dese cumplimiento a lo ordenado en el artículo 17 de la Ley N° 19.970.

Se previene que el Ministro Sr. Dolmestch y el Abogado Integrante Sr. Lagos, estuvieron por imponer a la acusada Leiva Solís la pena de 10 años de presidio mayor en su grado mínimo y al acusado Zamora González, la de 15 años de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias pertinentes, atendida la circunstancia atenuante que beneficia a la primera y el hecho de que no concu-

ren modificatorias de responsabilidad penal respecto del segundo y teniendo en especial consideración la gravedad, características y circunstancias de comisión del delito, lo que les permite estimar que tales sanciones resultan más condignas con aquél.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Haroldo Brito Cruz.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Alfredo Pfeiffer R. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. No firman el Ministro Sr. Brito y el Abogado Integrante Sr. Lagos, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso y ausente, respectivamente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a diecisiete de octubre de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Rol N° 5833-2012.