

VISTOS:

Se reproduce la parte expositiva, considerandos y citas legales de la sentencia apelada, con excepción de sus cuatro primeros párrafos del considerando octavo; en el motivo noveno, desde las expresiones "...tal como lo señala..." hasta la conjunción "y" seguida una coma; y de los acápites del considerando noveno (que debió ser numerado como décimo) que se refieren a los beneficios de la Ley N° 18.216 respecto del acusado Jorge Lavandero Illanes; todos los cuales se eliminan.-

Y SE TIENE, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:

En cuanto al recurso de apelación deducido por la defensa del acusado señor Jorge Exequiel Lavandero Illanes.

1.- Que en estos autos RIT 4150-2004 del Juzgado de Garantía de Temuco se ha deducido por la parte de dicho acusado recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de veinticinco de junio último, dictada en procedimiento abreviado, que lo condena a la pena de cinco años de reclusión menor en su grado máximo, a las accesorias que se expresan en el fallo y le concede el beneficio de la libertad vigilada;

2.- Que el primer fundamento del recurso se hace consistir en que en el presente caso no concurren los presupuestos del procedimiento abreviado que prevé el Art. 406 del Código Procesal Penal, por cuanto la aceptación de los hechos de la acusación y de los antecedentes de la investigación no se prestó libremente, encontrándose la voluntad del acusado viciada al haber sido coaccionado o presionado, como manifestó en la audiencia respectiva; por lo que peticiona que, revocándose el fallo de primera

instancia, se ordene la nulidad de las actuaciones y que un juez de garantía no inhabilitado dicte auto de apertura del juicio oral;

3.- Que como consta del registro de audio de la audiencia de preparación del juicio oral de 20 de junio de 2005, el imputado fue consultado por la Juez de Garantía –en conformidad al inciso tercero del Art. 406 del Código Procesal Penal- acerca de la aceptación expresa de los hechos de la acusación y de los antecedentes de la investigación en que la fundaren, y manifestó su conformidad con la aplicación de este procedimiento; y que la misma magistrado le efectuó las consultas y advertencias que previene el Art. 409 del citado Código, en especial su derecho a exigir un juicio oral y que no hubiere sido objeto de coacciones ni presiones indebidas al manifestar su consentimiento;

4.- Que no puede considerarse como manifestación de una voluntad viciada la circunstancia que el acusado, al ser consultado por la Juez en los términos ya indicados, haya expresado “lamentablemente, tengo que aceptar”, toda vez que ello no impide restar valor a su aceptación. La agregación a su consentimiento de dicha expresión no permite concluir que se hubiesen ejercido coacciones o presiones reales y serias que vicien su consentimiento, más aún cuando el imputado se encontraba asesorado por su defensor respecto de las consecuencias que ello le acarrearían, y que dado su nivel cultural e investidura, no es lógico concluir que no haya comprendido los términos del acuerdo. Además, como Senador de la República a la época de la discusión legislativa del Código Procesal Penal, concurrió con su voto a su aprobación, por lo que, no puede ahora esgrimir que desconocía los efectos del procedimiento abreviado. Por último, no es dable invocar algún vicio de la voluntad con los efectos de la nulidad en materia

civil –como se adujo en estrados-, toda vez que ella requiere la declaración del acto nulo en un procedimiento declarativo; y en la especie se trata de la conformidad y aceptación a someterse a un procedimiento dentro de una etapa del proceso –la audiencia de preparación del juicio oral-; y como respecto de todo acto procesal, operan las instituciones de la preclusión y la convalidación de los actos nulos.

En suma, no existe antecedente alguno en cuanto a que el consentimiento del acusado Sr. Lavandero Illanes haya estado viciado por desinformación, engaño, confusión u otra causa similar;

5.- Que la segunda petición del recurso de apelación deducido por la defensa del enjuiciado Lavandero Illanes, subsidiaria de la anterior, es instar por su absolución por estimar que no se encuentran acreditados los hechos materia de la acusación, no pudiendo darse por establecida la existencia del hecho punible ni la participación del acusado;

6.- Que como ya se ha indicado, el imputado aceptó libre y conscientemente los hechos de la acusación y los antecedentes de la investigación en que se fundan. Por consiguiente, no puede ahora alegarse la inexistencia de tales hechos y los antecedentes que los sustentan, puesto que como lo sostiene el profesor Cristian Riego “la substancia de los mismos queda excluida del debate sin perjuicio que pueda haber diversas interpretaciones sobre los mismos o se le atribuyan diversas consecuencias jurídicas por las partes” (artículo “El procedimiento abreviado”, en “Nuevo Proceso Penal” , pag. 209. Edit. Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago, 2000). Por otro lado, ha quedado claro que la sentencia condenatoria pronunciada por la juez a-quo no se emitió exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado –lo que

excluye el inciso segundo del Art. 412 del Código Procesal Penal-, sino que consideró también los elementos de la investigación del Fiscal, como se lee en los considerandos tercero y cuarto del fallo de primer grado;

7.- Que respecto de la calificación jurídica de los hechos, esto es, que son constitutivos de delitos reiterados de abuso sexual de menores, y que en ellos le cupo al acusado una participación culpable de autor, este tribunal de alzada concuerda con lo razonado en el considerando sexto de la sentencia de primera instancia, por lo que se desestimaré la apelación en esa parte;

8.- Que, asimismo, la defensa del acusado Lavandero Illanes formuló la petición de declarar el carácter de continuado del ilícito investigado, y en virtud de ello aplicar las normas sobre media prescripción o prescripción gradual previstas en el Código Penal, rebajando la pena en dos grados;

9.- Que para desestimar esa petición, se tiene únicamente presente que aún cuando se considere tales ilícitos como continuados respecto de cada uno de las víctimas –lo que este tribunal no comparte-, el plazo de la prescripción debe contarse “desde el día que se hubiere cometido el delito” (Art.95 del Código Penal); y de ser éste continuado, se ha perpetrado hasta el último día de su comisión, esto es, en algunos de ellos durante 2002 y otros durante 2003. Por consiguiente, al iniciarse la persecución penal dirigiéndose el procedimiento en contra del acusado, no había transcurrido aún la mitad del tiempo de prescripción de la acción penal, como exige el Art. 103 del Código Punitivo para conceder la prescripción gradual invocada por la defensa;

10.- Que respecto de la solicitud de ésta, contenida también en su apelación, en orden a reconocer la conducta anterior del

acusado como irreprochable, esta Corte estima que dicha petición debe ser aceptada.

Para ello se tiene presente que no pueden ser consideradas –para denegar la atenuante en comento- las declaraciones de los denominados “testigos de contexto o de patrón de conducta” prestadas ante el Fiscal, por no haber sido sometidas a contradicción en un debate, y en que las imputaciones de las personas que deponen no han sido declaradas como verdad procesal en una sentencia firme y fruto de un debido proceso. Estimar lo contrario –esto es, dar por ciertos hechos punibles que no han sido establecidos en una sentencia definitiva ejecutoriada- constituye un grave atentado contra un principio universal del derecho, que es el de presunción de inocencia, consagrado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados y vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, y reconocido expresamente en el Art. 4º del Código Procesal Penal, que establece: “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.”;

11.- Que la conducta anterior irreprochable del enjuiciado Lavandero Illanes se comprueba con su extracto de filiación y antecedentes, exento de anotaciones pretéritas, y con el informe social elaborado por la profesional Pamela Burgos Manríquez, acompañado en su oportunidad.

Sin embargo, tal atenuante no será estimada como muy calificada en los términos del Art. 68 bis del Código Penal, como quiera que, a juicio de esta Corte, no se ha comprobado una conducta pública y privada superior a la exigible a un ciudadano medio;

acusado como irreprochable, esta Corte estima que dicha petición debe ser aceptada.

Para ello se tiene presente que no pueden ser consideradas –para denegar la atenuante en comento- las declaraciones de los denominados “testigos de contexto o de patrón de conducta” prestadas ante el Fiscal, por no haber sido sometidas a contradicción en un debate, y en que las imputaciones de las personas que deponen no han sido declaradas como verdad procesal en una sentencia firme y fruto de un debido proceso. Estimar lo contrario –esto es, dar por ciertos hechos punibles que no han sido establecidos en una sentencia definitiva ejecutoriada- constituye un grave atentado contra un principio universal del derecho, que es el de presunción de inocencia, consagrado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados y vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, y reconocido expresamente en el Art. 4º del Código Procesal Penal, que establece: “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.”;

11.- Que la conducta anterior irreprochable del enjuiciado Lavandero Illanes se comprueba con su extracto de filiación y antecedentes, exento de anotaciones pretéritas, y con el informe social elaborado por la profesional Pamela Burgos Manríquez, acompañado en su oportunidad.

Sin embargo, tal atenuante no será estimada como muy calificada en los términos del Art. 68 bis del Código Penal, como quiera que, a juicio de esta Corte, no se ha comprobado una conducta pública y privada superior a la exigible a un ciudadano medio;

12.- Que cabe desestimar la alegación formulada por la defensa de ambos acusados –efectuada en la vista de la causa- en orden a que el Ministerio Público y el querellante carecen de agravios para alzarse en contra de la resolución recurrida, por no formar parte de ella el pronunciamiento sobre el beneficio de libertad vigilada. Por el contrario, esta Corte estima que integra el fallo del procedimiento abreviado, y es una parte inseparable del mismo, conforme al Art. 413 letra e) del Código Procesal del Ramo, la decisión sobre la aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad; en consecuencia, dicha medida puede ser impugnada –como las otras que contenga la sentencia- por los intervinientes agraviados;

En cuanto al recurso de apelación deducido por la defensa del acusado Juan Carlos Espinoza Sánchez.

13.- Que en el escrito de apelación y en sus alegaciones formuladas en estrados, la defensa del imputado más arriba mencionado solicitó su absolución por no encontrarse acreditado, a su juicio, su participación como autor cooperador de los delitos materia del proceso, argumentando que el concierto que exige el Art. 15 N° 3 del Código Penal no se puede desprender de los antecedentes de la investigación;

14.- Que para desestimar la pretensión de la defensa, esta Corte hace suyas las reflexiones de la juez a-quo contenidas en el motivo octavo, en lo pertinente, de la sentencia que se revisa.

Con todo, es útil hacer presente que en concepto de este Tribunal, y haciendo uso de la facultad de apreciar la prueba en conformidad al Art. 297 Código Procesal Penal, los elementos incriminatorios expresados en la aludida consideración son suficientes, más allá de toda duda razonable, para estimar probado

el concierto que echa de menos la defensa, toda vez que el mismo se colige sobre la base de dichas probanzas, no siendo efectivo que se requiera de una prueba directa sobre la convergencia en el dolo. En el derecho comparado, esta forma de participación, denominada complicidad primaria, corresponde al tipo de autoría que se le imputó al apelante Espinosa Sánchez; y al decir del tratadista Sebastián Soler, requiere desde un punto de vista objetivo prestar una colaboración sin la cual el hecho no habría podido cometerse; y desde de un punto de vista subjetivo, tanto los autores como los cómplices primarios son partícipes en el sentido genérico y responden por el hecho total, en tanto sea conocida, o a lo menos consentida como posible la acción del otro partícipe (Derecho Penal Argentino, T. II, pags.271-273. Edit. TEA, Bs. Aires, 1973);

En cuanto a las apelaciones de las partes acusadoras Ministerio Público y querellante particular:

15.- Que tanto el Ministerio Público como el querellante particular dedujeron sendos recursos de apelación en contra de la sentencia definitiva de primera instancia, solicitando ambos su revocación en aquella decisión que concede el sentenciado Lavandero Illanes el beneficio de la libertad vigilada, previsto en los artículos 14 y siguientes de la Ley N° 18.216. Sostienen que la concesión de esa medida alternativa de cumplimiento de condena no es procedente, porque no se cumple el requisito de la letra c) del Art. 15 de la Ley citada, en especial, considerando el informe desfavorable para el imputado evacuado por el Consejo Técnico de Gendarmería de Chile; el que, además, a juicio del querellante, es vinculante para el tribunal;

16.- Que se desechará la alegación de la parte querellante en orden al carácter vinculante del informe presentencial evacuado por

Gendarmería de Chile en conformidad a la letra c) del Art. 15 de la Ley N° 18.216. Para ello se tiene presente que la jurisprudencia reiterada sobre la materia ha expresado que aquel informe no obliga al tribunal, al pronunciarse sobre la libertad vigilada del encausado en idéntico sentido al de sus conclusiones, por ser tan sólo uno, de entre un conjunto de antecedentes que se han de ponderar; y que de no estimarse así, los tribunales estarían abdicando de su potestad jurisdiccional, entregando la calificación y determinación del aludido requisito a un órgano administrativo;

17.- Que no procede concederle al imputado Lavandero Illanes el beneficio de la libertad vigilada, por cuánto de conformidad al artículo 15 de la Ley 18.216, “La libertad vigilada podrá decretarse:

a) Si la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia condenatoria es superior a dos años y no excede de cinco;

b) Si el reo no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, y,

c) Si los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidad y móviles determinantes del delito permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado... Estos informes serán evacuados por el organismo técnico que determine el reglamento.”. Por su parte, el Reglamento de la Ley 18.216, contenido en el Decreto del Ministerio de Justicia N° 1.120 de 18 de noviembre de 1983, complementando el beneficio aludido agrega que los informes en cuestión, serán evacuados por el Consejo

Técnico de la respectiva Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile. (artículos 17 y 38 del Reglamento);

18.- Que de la lectura del artículo 15 de la Ley 18.216, se desprende nítidamente que para poder conceder el beneficio a que se refiere, es menester, como cuestión previa al análisis de fondo de cada uno de sus requisitos, que el condenado los cumpla copulativamente, esto es, si no satisface cualesquiera de ellos, no puede acceder a dicho beneficio. Lo anterior se desprende no sólo del tenor literal de la norma, la que emplea la conjunción “si” antes de cada uno de los requisitos para otorgar el beneficio, lo que denota ligazón entre éstos, sino también de la conjunción copulativa “y” antes de establecer la tercera exigencia para otorgar la libertad vigilada, cuya finalidad es juntar o unir tales condiciones. Por otro lado, sostener “que las penas efectivas deben imponerse sólo en el evento que el condenado no cumpla ninguno de los requisitos establecidos por la Ley 18.216”, como lo expuso la juez a quo, significaría, por ejemplo, que bastaría cumplir sólo con una exigencia objetiva, el cuántum de la pena, para gozar del beneficio, prescindiendo de las de naturaleza subjetiva, las cuáles miran precisamente a ponderar la utilidad o no del cumplimiento efectivo de la sanción;

19.- Que establecido como se señaló en el motivo anterior, que para el otorgamiento del beneficio de la libertad vigilada, deben concurrir todos los presupuestos exigidos por la ley, es preciso entrar al análisis de cada uno de ellos, y no existiendo controversia entre los intervinientes, que respecto del imputado Lavandero, se dan los requisitos de las letras a) y b) del artículo 15 de la Ley 18.216, sólo cabe analizar si concurre o no el establecido en su letra c);

20.- Que la finalidad de excluir a los condenados de un efectivo cumplimiento de la sanción impuesta, no es otra que el permitirles la posibilidad de readaptarse y reintegrarse a la sociedad mediante un tratamiento intensivo y personalizado, cuya vigilancia, control y orientación está entregado a un delegado de libertad vigilada. De modo que tal situación debe ser consecuencia de una serie de informes técnicos o peritajes referidos a los antecedentes sociales y características de personalidad del imputado, a su conducta anterior y posterior al delito que se le imputa, y a la naturaleza, modalidades y móviles de éste. Y sólo en el caso de obtenerse la convicción de que es posible alcanzar los logros antes señalados, debe aplicarse el respectivo tratamiento en libertad.

21.- Que de conformidad a la concepción del procedimiento abreviado, al cuál las partes decidieron someter la resolución de la presente litis, los antecedentes necesarios para establecer si el imputado puede alcanzar los fines señalados en el motivo anterior, son aquellos que se acompañaron a la investigación, en la oportunidad procesal correspondiente, los que a mayor abundamiento, fueron aceptados expresamente por el apelante Lavandero;

22.- Que del conjunto de los antecedentes de la investigación, cabe considerar, en lo pertinente, los siguientes elementos fácticos que dicen relación con antecedentes sociales, características de personalidad del imputado y con su conducta anterior y posterior a los delitos investigados:

a.- Informe presentencial por medio del cuál se estima ineficaz el otorgamiento de la libertad vigilada para Lavandero Illanes, dado que presenta un “deficiente manejo de sus emociones, lo que se manifiesta en un sobrecontrol, represión y fracaso en la utilización

de las mismas; escaso control de impulsos, con baja tolerancia a la frustración y deficiente capacidad de postergar la gratificación. Se observa igualmente alto grado de agresividad encubierta con tendencia a establecer vínculos de tipo instrumental y elevados niveles de egocentrismo que debilitan su capacidad empática. Además muestra rasgos de personalidad rígidos, los que disminuyen su capacidad de autocrítica y limitan la comprensión de su mundo interno, convirtiendo al evaluado en una persona impermeable a la influencia de cambio externo y control normativo, como sería el profesional Delegado de Libertad Vigilada del Adulto.”. Continúa el informe señalando que “Por otra parte no cuenta con referentes significativos, en el ámbito familiar y social que represente figuras válidas para el sujeto, como instancias de contención normativa... Las variables antes descritas, además de vulnerar la eficacia de una intervención externa, sobrepasan la naturaleza y objetivos de la Libertad Vigilada, como sistema alternativo de reclusión.”.

b.- Informe Psicológico de Evaluación de Personalidad efectuado por la psicóloga del Servicio Médico Legal, Javiera Navarro Marshall, quién refiere que “...el examinado presenta resultados consistentes con la presencia de un trastorno de personalidad mixto con rasgos narcisistas y paranoides... de todos modos cabe señalar que es capaz de discriminar entre conductas socialmente aceptadas y rechazadas. Sin embargo, su nivel de conflictividad podría eventualmente llevarlo a tener dificultades para responder de un modo más adaptativo frente a las demandas de la realidad”.

c.- Informe pericial elaborado por el perito siquiatra Jorge Barudy Labrín el que luego de analizar las actividades investigativas

concluye "...se puede hablar de un proceso de pedofilización crónico, cuyo patrón de abuso coincide en las actuaciones abusivas del imputado en el pasado, con las cometidas sobre los cuatro menores víctimas de esta causa.". Agrega que "Su estilo personal está asociado a rasgos del tipo paranoides y narcisistas. Es decir, se trata de un sujeto rígido, hipersensible, suspicaz y egocéntrico, que tiende a proyectar la hostilidad hacia el exterior. Además, hay tendencias regresivas, que incluyen elementos de una sexualidad inmadura y parcial.". Continúa explicando que " ...el imputado corresponde al tipo de pedófilo obsesivo. Para estos sujetos, los niños y las niñas pre púberes y púberes son sus objetos sexuales favoritos. La relación perversa que este tipo de abusadores impone a los menores, les proporciona al mismo tiempo la ilusión de amar y de ser amado por alguien que no les frustra, ni les cuestiona sus deseos ni conductas. Al mismo tiempo, se sienten o se creen reconocidos y agradecidos por el entorno familiar y social de sus víctimas, pues se viven como alguien que ofrece cuidados, afecto, bienestar y alegría a los niños y niñas cuyas familias están incapacitadas de ofrecerles... A menudo están profundamente convencidos de que sus gestos son positivos e incluso necesarios para asegurar el desarrollo afectivo y sexual de los niños. Por lo tanto, abusan de sus víctimas sin vergüenza ni remordimiento y cuando son denunciados, niegan con vehemencia su culpabilidad, clamando inocencia y denunciando un complot en su contra.";

23.- Que del análisis de las pericias referidas precedentemente, cabe colegir que el imputado Lavandero Illanes presenta serias contraindicaciones para someterse a un sistema alternativo de reclusión, principalmente por el alto riesgo que vuelva a reiterar su conducta ilícita, lo que lo predispone a mantener un

comportamiento desadaptado y por ende carente de toda posibilidad para lograr una real y efectiva reinserción y readaptación social, lo que en definitiva se traduciría en una incapacidad para sustentar un proceso de tratamiento en el medio libre, por lo tanto, es dable sostener que a su respecto no concurren los requisitos que hacen procedente la concesión del beneficio de la libertad vigilada.

24.- Que en nada altera lo anterior, el informe acompañado, en esta instancia, por la defensa del imputado Lavandero Illanes, ya que sólo se limita a desacreditar los peritajes contenidos en la carpeta investigativa, respecto de las técnicas utilizadas para analizar las declaraciones de los menores ofendidos, pero no contiene ningún tipo de diagnóstico sobre la persona del acusado, cuestión imprescindible para el efecto previsto en el artículo 15 letra c) de la Ley 18.216.

Y visto, además, lo dispuesto en los Arts. 11 N° 6 del Código Penal; 295, 297, 340, 352, 370 letra b) y 414 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Que **SE REVOCA** la sentencia apelada de veinticinco de junio último, escrita de Fs. 558 a Fs. 640, en cuanto concede al enjuiciado Jorge Exequiel Lavandero Illanes el beneficio alternativo de cumplimiento de su condena de libertad vigilada, y en su lugar se decide que no se le otorga dicho beneficio, debiendo cumplir efectivamente la pena privativa de libertad impuesta.-

II.- Que **SE CONFIRMA**, en lo demás, el referido fallo.-

Se previene que el Fiscal Judicial don Luis Troncoso Lagos no comparte los considerandos 10º y 11º de la presente sentencia, por estimar que la atenuante del Art. 11 N° 6 del Código Penal, no sólo presupone que quién la invoca no haya infringido el ordenamiento jurídico incurriendo en sanciones penales, sino, además, que su

actitud y comportamiento en la vida de relación se encuentren al margen de toda censura y de reproche social, lo que no acontece, teniendo en consideración los antecedentes de autos, por lo cuál, el imputado Lavandero Illanes, no cumple con la expresión de “conducta irreprochable” manifestada en el texto legal.

Se previene que el Ministro Sr. Leopoldo Llanos Sagristá concurre al reconocimiento, respecto del acusado Lavandero Illanes, de la circunstancia atenuante de responsabilidad penal de su irreprochable conducta anterior, teniendo para ello, además, presente:

I.- Que no puede concluirse -como lo hace la juez a-quo- que los datos del proceso relativos a la conducta pretérita libre de reproches del sentenciado quedan desvirtuados por personas que declararon en la investigación sobre presuntas conducta abusivas de éste que habría cometido desde el año 1960, toda vez que la aceptación de los antecedentes de esa etapa del procedimiento se refiere sólo a aquellos en que se fundan los hechos materia de la acusación (como preceptúa el inciso segundo del Art. 406 del Código Procesal Penal); y los hechos imputados en la acusación comenzaron a perpetrarse con fecha 16 de diciembre de 2000;

II.- Que, por consiguiente, no puede extenderse el juzgamiento en el procedimiento abreviado a antecedentes de la investigación anteriores a esta última fecha, por no constituir el fundamento de hecho alguno materia de la acusación.

Acordada la sentencia, sólo en cuanto por ella se revoca el beneficio de la libertad vigilada otorgado al encausado Lavandero Illanes, con el voto en contra del Ministro Sr. Leopoldo Llanos Sagristá, quien fue de parecer de confirmar en esa parte el fallo apelado y mantener el aludido beneficio, aunque sin concordar con

los fundamentos expresados, en lo pertinente, en el considerando décimo de la sentencia en alzada.

Para ello se tienen presente las siguientes consideraciones:

I.- Que como se ha fallado por los tribunales superiores de justicia, “hoy en día, constituye un punto no controvertido la afirmación de que la pena, aunque implique la privación o disminución de bienes jurídicos del infractor, ha de perseguir, a través de su aplicación y ejecución, fines socialmente útiles, que vayan más allá del sufrimiento físico y moral del condenado” (Corte de Apelaciones de San Miguel, 10/7/95, Gaceta Jurídica N° 181. En similar sentido, Corte Suprema, 28/8/81, Gaceta Jurídica N° 134; Corte de Apelaciones de San Miguel, 24/11/88, Gaceta Jurídica N° 101 ; Corte de Apelaciones de Santiago, 15/12/95, Gaceta Jurídica N° 186; Corte de Apelaciones de Santiago, 11/12/2001, Gaceta Jurídica N° 258; Corte de Apelaciones de San Miguel, 2/1/2002, Gaceta Jurídica N° 260; Corte de Apelaciones de Santiago, 3/8/2004, Gaceta Jurídica N° 290);

II.- Que los sistemas penales de los Estados Democráticos, acogiendo esta posición sobre la posibilidad de reinserción social del sentenciado penalmente, se reconoce a éste, cuando se trata de delitos sancionados con penas privativas de libertad de rango bajo a mediano y ante la ausencia de condenas anteriores, el derecho a cumplir el castigo bajo régimen de libertad, pero con control de parte de la autoridad. Con ello se cumple el fin socialmente útil de permitir al responsable del delito su resocialización, como impide atribuir a la pena únicamente un fin de venganza –particular o social-, propio de las comunidades primitivas; idea esta última que repugna al derecho penal moderno, fundado en el respeto y dignidad de todas las personas, incluso de las que delinquen;

III.- Que por tales razones, el ordenamiento jurídico chileno permite también perseguir los fines de reinserción social aludidos, a través del sistema de cumplimiento alternativo de condenas que contempla la ley N° 18.216, entre los que se cuenta la libertad vigilada. Dicho beneficio es dable concederlo a los condenados por cualquier clase de delitos, que cumplan los requisitos que prevé el Art. 15 de la ley citada (ausencia de condenas anteriores, pena impuesta no superior a cinco años de privación de libertad, y antecedentes que permitan concluir al tribunal que podrá resocializarse). De lo que sigue que reuniéndose tal es condiciones el condenado puede acceder a ello, sin que sea lícito excluir –porque la ley no lo hace- determinados delitos, o excluir a-priori a los sentenciados por cierto tipo de hechos punibles. De hacerse tal clase de distinciones, se estaría atentando contra la garantía constitucional de igualdad ante la ley, que la Carta Fundamental asegura a toda clase de personas, incluidos los que cometen delitos. Por la misma razón, tampoco es permisible discriminar a persona alguna por su condición social y económica, sea que trate un individuo carenciado en ese aspecto, sea que se trate de uno que goce de una alta posición pública o abundantes bienes;

IV.- Que en la perspectiva anterior, la discusión en el presente caso ha versado sobre la concurrencia o no del tercer presupuesto legal –esto es, el de letra c) de la ley N° 18.16- para conceder al referido sentenciado el beneficio en comento.

Como se expresó al respecto en la jurisprudencia antes citada, “del art. 15 de la ley 18.216, en su letra c), se desprende claramente que los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad del reo, no son los únicos elementos de juicio en virtud o sobre la base de los cuales el tribunal ha de

resolver sobre si un tratamiento de libertad aparece eficaz y necesario, en el caso concreto, para una efectiva reintegración social del encausado. La ley alude, en un mismo nivel, a la conducta anterior y posterior al hecho punible y a la naturaleza, modalidades y móviles determinante del delito. Por lo tanto , el juez habrá de resolver, sobre la base de una razonada ponderación de todos los elementos de juicio, si concede o no el beneficio de que se trata, sin que su decisión haya de estar atada necesaria e ineludiblemente al informe técnico de Gendarmería de Chile.”;

V.- Que si bien es un hecho de la causa que el informe presentencial es desfavorable para el imputado en cuestión, las conclusiones de aquel aparecen en contradicción con otros antecedentes ampliamente reconocidos, como su larga vida de servicio público y su actividad en pro de la recuperación de la democracia. Asimismo, ha quedado también establecido en el proceso que indemnizó –aunque tardíamente- los daños causados por el delito. Por último, se incorporó al procedimiento abreviado el peritaje elaborado por la Asistente Social doña Pamela Burgos Manríquez, que da cuenta de las relevantes condiciones del acusado en el ámbito afectivo, laboral y comunitario.

Todo ello permite a este sentenciador arribar a la convicción que, cumpliéndose con los controles y demás condiciones impuestas en la sentencia de primera instancia, se puede lograr una efectiva y eficaz readaptación y resocialización del condenado;

VI.- Que no obstan a las conclusiones anteriores los informes elaborados por la psicóloga del Servicio Médico Legal doña Javiera Navarro Marshall y por el médico Jorge Barudy Labrín. En efecto, el primero realiza un diagnóstico sobre la personalidad del imputado en relación con la comisión de los delitos; pero no hace predicción

alguna sobre impedimentos para su reinserción social. Y el segundo no puede ser estimado para estos efectos, en cuanto no se funda en entrevistas directas al acusado sino en otros informes y en declaraciones que constan en la carpeta del Fiscal, por lo que no puede estimarse una pericia en sentido estricto, sino como una mera opinión. Es menester dejar constancia al respecto que en el sistema probatorio del Código Procesal Penal, en que rige el principio de libertad de prueba valorada conforme a una sana crítica racional, no existen peritajes oficiales *per se* (como los del Servicio Médico Legal); y sólo adquieren ese carácter cuando el perito comparece a la audiencia a explicar sus conclusiones, sujeto a contradicción; lo que en el presente caso no pudo acontecer, debido a la decisión estratégica del Ministerio Público y de la Defensa de someterse a los trámites del procedimiento abreviado;

VII.- Que, finalmente, aún cuando la pena tenga un fin general disuasorio de la comisión de delitos, y que constituya por ello un signo para la sociedad de que los delincuentes no quedan impunes, tal objetivo se puede lograr no sólo con la imposición de la privación de libertad, sino también con la privación de otros derechos de gran relevancia y que significan también un efectivo castigo. En el presente caso, el sentenciado Lavandero Illanes no sólo quedaría –de concederle el beneficio alternativo- sujeto a una estricta vigilancia, sino además se le impuso como pena accesorias la privación absoluta perpetua de derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena –amén de perder su calidad de Senador de la República, por disposición constitucional-, que en su caso particular constituye, sin duda, un gravísimo castigo y por ende, una clara señal contraria a la impunidad.-

Póngase en conocimiento de los intervinientes que asistan a la audiencia de lectura del presente fallo, sin perjuicio de su notificación por el estado diario, y devuélvase.-

Redacción del Fiscal Judicial don Luis Troncoso Lagos y de las prevenciones y de los votos en contra, por sus autores.-