

**BOLETIN
MINISTERIO PUBLICO
N° 1
Mayo 2001**

INDICE

Pág.

PROLOGO

4

I. FALLOS

Juzgados de Garantía

Condena a imputado, en procedimiento abreviado, a la pena de tres años y un día, por el delito de robo con intimidación, concediendo la medida alternativa de libertad vigilada. *Juzgado de Garantía de Los Vilos*, treinta de enero de dos mil uno 6

En procedimiento abreviado, condena a imputado a la pena de dos años y ciento ochenta y dos días de presidio menor en su grado medio, por el delito de lesiones graves. *Juzgado de Letras Mixto de Purén*, dos de febrero de dos mil uno. 8

Condena al acusado, en procedimiento abreviado, por el delito de violación, imponiendo la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales y priva a este mismo, de la patriapotestad que en su calidad de padre tenía sobre la menor violada. *Juzgado de Garantía de Los Vilos*, veintisiete de febrero de dos mil uno. 13

Rechaza nulidad procesal y declara procedente el procedimiento simplificado cuando no se ha requerido dentro de plazo el procedimiento monitorio. *Juzgado de Garantía de Vicuña*, diecinueve de febrero de dos mil uno. 19

Condena a imputado en procedimiento abreviado por los delitos de robo en lugar no habitado En concurso material con el delito de daños, imponiendo dos penas separadas y concediéndola remisión condicional de la pena. *Juzgado de Garantía de Illapel*, doce de abril de dos mil uno. 23

Tribunal Oral en lo Penal

Condena a imputado, en juicio oral, por el delito de amenazas no condicional, a la pena de trescientos un día de presidio menor en su grado mínimo. *Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena*, veintiséis de marzo del año dos mil uno. 27

En juicio oral, condena a imputado por el delito de robo por sorpresa, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio. Incluye voto disidente que propone condenar por robo con intimidación en grado de frustrado. *Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco*, cinco de abril del año dos mil uno. 34

Condena a imputados, en juicio oral, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, por el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación. *Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena*, siete de abril de dos mil uno. 41

Corte de Apelaciones

Revoca sobreseimiento definitivo decretado por el juez de garantía en virtud que habiéndose vencido el plazo de investigación el fiscal no presentó acusación dentro de 10 días. *Corte de Apelaciones de La Serena*, trece de marzo de dos mil uno. 47

Confirma prisión preventiva y revoca su limitación a un plazo de cuatro meses, por improcedente. *Corte de Apelaciones de La Serena*, veintidós de marzo del año dos mil uno. 51

Acoge recurso de apelación deducido por el Ministerio Público en contra de sobreseimiento definitivo. *Corte de Apelaciones de La Serena*, veintitrés de marzo de dos mil uno. 52

Acoge apelación de Fiscal Adjunto dejando sin efecto medida disciplinaria que le había sido impuesta por Juez de Garantía. *Corte de Apelaciones de La Serena*, dos de abril del año dos mil uno. 55

II. ARTICULOS

Las adecuaciones de la Constitución Política al nuevo proceso penal.
Guillermo Piedrabuena Richard 57

La agravante de reincidencia en el Código Penal.
Nicolás Arrieta Concha 62

Algunos alcances sobre la agravante de ser dos o más los malhechores en los delitos de robo y hurto.
Lautaro Contreras Chaimovich 71

PROLOGO

Con enorme satisfacción prologamos el Boletín N° 1 del Ministerio Público del mes de mayo del 2001.

Se trata de una iniciativa de la División de Estudios que este Fiscal Nacional ha apoyado entusiastamente y que consiste en la divulgación de sentencias y doctrinas vinculadas con la aplicación de la reforma procesal penal en las regiones piloto (IV y IX).

Sin duda, los Boletines del Ministerio Público contribuirán a la preparación y capacitación permanentes de los fiscales, abogados de apoyo y personal directivo de nuestra institución, pero además los Boletines podrán ser utilizados por abogados y jueces que se están preparando y/o aplicando el nuevo Código Procesal Penal.

De otra parte, queremos destacar que los Boletines del Ministerio Público estarán abiertos a cualquier colaboración de interés jurídico que puedan hacernos llegar tanto jueces como abogados.

Nuestro propósito es tener Boletines mensuales durante la mayor parte del año y que ellos sean conocidos por los principales centros jurídicos del país, para lo cual se podrá utilizar el correo electrónico u otro medio que sea aconsejable y accesible a nuestras posibilidades.

Nuestro país tiene cifradas grandes esperanzas en la reforma procesal penal y por ello es imprescindible la máxima divulgación de la primera jurisprudencia y doctrina aplicada sobre los más variados temas relacionados con la reforma.

En esta perspectiva hemos resuelto impulsar decididamente la publicación de Boletines mensuales del Ministerio Público, así como la Contraloría publica sus dictámenes y el Consejo de Defensa del Estado sus Memorias.

Finalmente, los Boletines aparecerán en un tiempo más publicados también en nuestra página web institucional.

Santiago, mayo 2001

Guillermo Piedrabuena Richard
Fiscal Nacional del Ministerio Público

I. FALLOS



JUZGADOS DE GARANTIA

- **Condena a imputado, en procedimiento abreviado, a la pena de tres años y un día, por el delito de robo con intimidación, concediendo la medida alternativa de libertad vigilada.**

Tribunal : Juzgado de Garantía de Los Vilos

Resumen:

Se formula acusación por el delito de robo con intimidación en contra de imputado que acepta los hechos, lo que da lugar al procedimiento abreviado que culmina con sentencia condenatoria que impone la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, que es reemplazada por la medida de libertad vigilada por el término de cinco años.

Texto completo:

Los Vilos, treinta de enero de dos mil uno.

VISTO y CONSIDERANDO:

PRIMERO: En este Tribunal Mixto se ha seguido la causa Rol 0014-2001, Rol Fiscalía 01-1109-2, por el delito de Robo con intimidación, seguida en contra del imputado **JUAN LUIS DIAZ HUERTA**, cédula de identidad nacional número 15.048.357 -3, soltero, obrero, domiciliado en Pasaje Victoria s/n, Quilimarí de esta comuna, sin antecedentes anteriores, representado por el Defensor Público don José Ignacio Vallejos Basualto.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público, representado por su Fiscal don José Morales Opazo ha formalizado la investigación y acusado a Juan Luis Díaz Huerta de ser autor del delito de Robo con Intimidación en las personas de Emilio Lorca Castillo y Marcelo Pérez Curti, de dinero y especies de propiedad del primero de los nombrados, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° del

Código Penal, concurriendo a favor del imputado la aminorante de responsabilidad criminal del artículo 11 número 6 del precitado Código, la que pide se tenga como muy calificada.

TERCERO: Que los hechos en que se fundamenta la acusación son los siguientes: El 05 de enero de 2001, a las 21 :00 horas en circunstancias que dos menores de edad Emilio Alejandro Lorca Castillo y Marcelo Pérez Curti se encontraban en el sector de la Playa de Pichidanguí, llegaron hasta ellos dos personas, una de ellas Juan Díaz Huerta, quién le solicitó dinero y, mientras Emilio Lorca Castillo sacaba cien pesos, Juan Luis Díaz Huerta extrajo un cortaplumas, amenazándolo, ante lo cual Emilio Lorca le entregó el reloj y la suma de doscientos pesos.

CUARTO: Que los antecedentes aportados por el Ministerio Público tendiente a establecer la existencia del hecho dinero, el primero al sacar cien pesos de su bolsillo le vieron el reloj y lo amenazaron para que lo

entregara, además reconoce la cuchilla con la cual 10 amenazaron y el reloj.

Lo anterior se ve confirmado por la presunción de autoría establecida en el artículo 454 del Código Penal, al haberse encontrado en el poder del imputado el reloj sustraído, sin que hubiese justificado su legítima adquisición.

QUINTO: Que el imputado ha aceptado los hechos en los cuales se funda la acusación, lo que ha expresado ante este Tribunal en forma libre y espontánea, conociendo su derecho a exigir un juicio oral, entendiendo las consecuencias de esto y, no habiendo sido objeto de coacción de ningún tipo, en los siguientes términos: Reconoce que el día de los hechos, estuvo desde las 19:00 horas hasta las 20:30 horas, en la playa, que efectivamente se acercó a unos menores de edad, quienes se sintieron intimidados y le entregaron un reloj y dinero, que andaba con un arma blanca y que al ser detenido tenía en su poder el reloj sustraído.

SEXTO: Que apreciados los antecedentes probatorios pormenorizados precedentemente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, se puede tener por establecido que en la localidad de Pichidangui, de esta comuna, el 05 de enero de 2001 alrededor de las 21:00 horas, Juan Luis Díaz Huerta, intimidó a Emilio Alejandro Lorca Castillo ya Marcelo Pérez Curti, sustrayendo doscientos pesos y un reloj de pulsera de propiedad del primero de los nombrados, hechos que por reunir los requisitos establecidos por el legislador, tipifican el delito de Robo con intimidación en las personas de Emilio Alejandro Lorca Castillo y Marcelo Pérez Curti, de dinero y especies de propiedad del primero de los nombrados, ilícito penal previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, en el que le ha

A./ Se condena al imputado **JUAN LUIS DIAZ HUERTA**, cédula de identidad

nacional número 15.048.357-3, ya individualizado, como autor del delito de Robo con intimidación en las personas de Emilio Alejandro Lorca Castillo y Marcelo Pérez Curti, de dinero y especies de propiedad del primero de los nombrados, cometido en la localidad de Pichidangui de esta comuna el 05 de enero de 2001, a la pena de **TRES AÑOS y UN DIA DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MAXIMO.**

B./ Se le impone, asimismo, la accesoria inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y, el pago de las costas de la causa.

Habiéndose remitido informe presentencial favorable y, por reunirse respecto del sentenciado Díaz Huerta los requisitos establecidos en el artículo 15° de la Ley número 18.216, se le concede la medida alternativa de Libertad Vigilada, accediendo a lo solicitado por su defensa, quedando sujeto al tratamiento y observación de un Delegado que para estos efectos designe Gendarmería de Chile, por el término de cinco años, y, cumplir, además, con las condiciones establecidas en el artículo 17° de la referida ley.

En el evento que debiese cumplir, efectivamente, la pena impuesta por este fallo, lo hará desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono todo el tiempo que permaneció privado de libertad, esto es, dieciocho días, entre el 05 y 22 de enero de 2.001.

Cumplase, en su oportunidad, con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

REGISTRESE, NOTIFIQUESE y ARCHIVASE SI NO SE APELARE.

Dictado por don Alejandro Patricio Palma Cid, Juez Mixto Titular.

- En procedimiento abreviado, condena a imputado a la pena de dos años y ciento ochenta y dos días de presidio menor en su grado medio, por el delito de lesiones graves.

Tribunal : Juzgado de Letras Mixto de Purén.

Resumen:

Formulada acusación por del delito de lesiones graves previsto y sancionado en el artículo 397 N° 1 del Código Penal, el imputado acepta los hechos dando lugar al procedimiento abreviado. El tribunal dicta sentencia condenatoria imponiendo la pena de dos años y ciento ochenta y dos días de presidio menor en su grado medio y concede la remisión condicional de la pena.

Texto Completo:

Purén, dos de febrero de dos mil uno.

VISTOS:

PRIMERO: Ante el Juzgado de Letras Mixto de Purén se ha tramitado el presente juicio, RUC 660-2, RIT 04-2000; según las normas de procedimiento abreviado de los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal. La intervención del Tribunal se inició con la solicitud de detención formulada el día 26 de diciembre de dos mil uno, por el Sr. Fiscal local de Purén, Sr. Leonardo De La Prida Sanhueza y con la posterior audiencia de formalización de la investigación, realizada con fecha 28 de diciembre del mismo año. En dicha oportunidad, el Ministerio Público comunicó formalmente que realizaba una investigación relativa a la posible ocurrencia de un delito de lesiones graves, del artículo 397 Nro. 1 del Código Penal y a la presumible participación del imputado ADOLFO GODOFREDO CID PLACENCIA, RUN 12.330.999-5, chileno, soltero, con estudios básicos, de 27 años de edad, sin antecedentes penales, domiciliado en el sector rural de Pichihuenocolle de la comuna de Purén. Desde las primeras diligencias realizadas en la causa, el imputado individualizado fue asesorado y representado por el abogado de la Defensoría Penal Pública, don Iván Gómez Oviedo.

Como víctima de los hechos de la

causa, aparece Enrique Domingo Ruiz Galdames, RUN 13.629.850-K, chileno, domiciliado en el mismo sector rural que el imputado, quien no dedujo querrela por estos hechos.

SEGUNDO: La fiscalía local de Purén dedujo acusación contra el imputado ya individualizado, el día 16 de enero de dos mil uno. En su presentación y como fundamento de la acusación, el Sr. Fiscal señaló los siguientes hechos:

1.- El día 25 de diciembre de dos mil, aproximadamente a las 20:30 horas, en la capilla del sector rural Pichihuenocolle, el imputado Cid Placencia agredió a la víctima Ruiz Galdames, ambos ya individualizados, con una cortapluma de cache blanca y café, encontrándose desarmado el último de los mencionados.

2.- Como consecuencia de la agresión, Enrique Domingo Ruiz Galdames sufrió las siguientes lesiones:

a) dos heridas cortantes faciales transversas en hemicara izquierda, extendiéndose una de ellas desde el lóbulo de la oreja izquierda hasta la altura de la boca, con compromiso vascular y muscular.

b) una herida cortante longitudinal en flanco derecho del tronco que se extiende desde la región pectoral hasta el hipocondrio derecho.

Posteriormente, en la audiencia del día 29 de enero último, el Sr. Fiscal complementó los hechos fundantes de su acusación señalando que el día de los hechos, se produjo una pelea entre la víctima y el hermano del imputado, Herminio Cid Placencia, quien fue vencido por el ofendido Ruiz Galdames. En ese momento, el imputado continuó la pelea contra el mismo Ruiz Galdames, pendencia que se desarrollaba únicamente entre ellos dos y solamente con golpes de pies y puños. Posteriormente, al verse vencido por la víctima, el imputado ADOLFO GODOFREDO CID PLACENCIA extrajo una cortaplumas y agredió con ella al ofendido, ya individualizado, causándole las lesiones antes descritas.

Por su parte, el imputado ADOLFO GODOFREDO CID PLACENCIA, asesorado por su abogado defensor, reconoció expresa y claramente los hechos, en audiencia celebrada ante este Tribunal con fecha 29 de enero del presente año, habiéndose comprobado por este Juez de garantía, la ausencia de presiones dirigidas al imputado y su voluntad libre en el reconocimiento de hechos referido.

En la audiencia precitada, existiendo acuerdo de los intervinientes en orden a proceder según las normas del procedimiento abreviado y previa aprobación del Tribunal en tal sentido, el Sr. Fiscal De La Prida, solicitó la aplicación de una pena no superior dos años y medio o dos años y ciento ochenta y dos días de presidio menor en su grado medio, respecto del imputado, por su participación en calidad de autor en el delito de lesiones graves contemplado en el artículo 397 Nro. 1 del Código Penal. cometido contra Enrique Domingo Ruiz Galdames.

La defensa del imputado no presentó mayores argumentos de defensa, solicitando únicamente que en la dictación de la sentencia se reconociera la concurrencia de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal contempladas en el artículo 11, números 5 y 6 del Código Penal.

Cabe señalar que el Sr. Fiscal en su acusación también reconoció la existencia de tales circunstancias atenuantes a favor del imputado.

TERCERO: El Tribunal da por probados los siguientes hechos, en virtud del reconocimiento de ellos por el imputado y de los antecedentes de investigación presentados al Tribunal por la fiscalía y exhibidos oportunamente a la defensa.

1.- Que el día 25 de enero del año dos mil, aproximadamente a las 20:30 horas, en la capilla del sector Pichihuenocolle de la comuna de Purén, se produjo una pelea entre el imputado y la víctima de los hechos, en que ambos se agredían con golpes de pies y puños sin la intervención de terceros en favor de uno u otro. Este hecho se tiene por probado, además del reconocimiento del imputado, por los siguientes antecedentes:

a) Declaración de la víctima ante el Sr. Fiscal, el día 26 de diciembre de dos mil. Esta declaración consta en copia del documento original de la Fiscalía, guardada en la carpeta de antecedentes e identificada como documento Nro.5.

b) Declaraciones de los testigos que a continuación se indica, ante el Sr. Fiscal. las que constan en los documentos guardados en copia, con los números que a continuación se señala:

-Declaración de José Román Carrillo Beltrán, documento Nro. 4 y Nro. 18 (copia y original).

-Declaración complementaria de José Román Carrillo Beltrán documento Nro. 23.

-Declaración de Miguel Humberto Yévenes Araneda, documento Nro. 24.

-Declaración de Amado Roberto Vásquez Yévenes, documento Nro. 26.

-Declaración de José Orosman Ruiz, documento Nro. 27.

-Declaración de Gabriel Roa Beltrán, documento Nro. 34.

c) Declaración, en calidad de prueba

anticipada, rendida en audiencia de cuatro de enero de dos mil uno, del testigo José Román Carrillo Beltrán.

De todas las declaraciones precitadas, que provienen de testigos presenciales y de oídas surgen elementos que permiten acreditar que el imputado sostenía una pelea con su víctima. sin armas y sin la intervención de terceros, lo que de paso, descarta una hipótesis de legítima defensa. Particularmente aclaratorios en este punto resultan los dichos del testigo Carrillo Beltrán quien, según todos los antecedentes de la investigación, presencié directamente los hechos, por lo que entrega una versión detallada de estos, que resulta plenamente coincidente con la del Sr. Fiscal. En el mismo sentido cabe citar la declaración del testigo Roa Beltrán, quien, siendo aparentemente amigo del imputado inicialmente declaró que éste solamente se había defendido de la agresión de que era objeto por parte de tres sujetos y posteriormente. como consta en el documento Nro. 34 precitado, se retracta y confirma que en la pelea participaban solamente el imputado y la víctima.

Los hechos de que dan cuenta las declaraciones de los testigos antes citados son controvertidos por las versiones que entregan los siguientes testigos:

-Declaración de Raúl Alfonso Troncoso Cid, documento Nro. 31.

-Declaración de Juan Felidor Ibáñez Placencia, documento Nro. 32.

-Declaración de María Luz Silva Ramírez. documento Nro. 35.

En sus dichos, las personas referidas señalan que el imputado era objeto de una agresión de parte de tres individuos, entre los que estaba la víctima. Esta versión de los hechos será descartada por el Tribunal, atendido que los testigos que la sustentan parecen, de acuerdo con los antecedentes, tener relaciones familiares o afectivas con el imputado, lo que los hace menos creíbles. Asimismo, de los antecedentes no fluye, salvo

de sus propios dichos, que estos testigos hayan presenciado los hechos.

Por su parte, los testigos que permitieron al fiscal sustentar su acusación, además de ser en número, resultan más creíbles. En efecto, a modo de ejemplo, se puede decir que el testigo Carrillo Beltrán parece ser una persona objetiva frente a los hechos. Se trata de un dirigente vecinal del sector Pichihuenocolle, que parece ser respetado por los vecinos de dicha localidad. Además, múltiples antecedentes dan cuenta de que efectivamente se encontraba en el lugar de los hechos y que los presencié de cerca, toda vez que debió intervenir para arrebatar el arma a Cid Placencia, evitando mayores agresiones. Respecto de los demás testimonios citados, que son coincidentes con la versión de la fiscalía, se puede sostener que no existen razones que impidan darles crédito.

Por último, respecto de los testimonios de cuatro testigos que fueron señalados como tales por el propio imputado y que fueron interrogados por el Sr. Fiscal se puede decir que, salvo el testigo Gabriel Roa Beltrán, los demás (Amado Roberto Vásquez Yévenes, José Orosman Ruiz, Segundo Joel Vásquez Beltrán documentos Nro. 26, 27 y 28) no se oponen a la teoría del caso de la fiscalía, sino por el contrario, permiten en cierta medida sustentarla y aún cuando no aportan elementos contundentes en favor de una u otra versión, sirven para reforzar la tesis del Ministerio Público. Por su parte, respecto del testigo Roa Beltrán, se debe recodar lo ya expresado. En su testimonio que consta en el documento Nro. 25, este testigo, se opone a la versión del acusador, planteando la idea de una agresión en contra del imputado, por parte de tres sujetos, incluyendo a la víctima. Sin embargo, Roa Beltrán, posteriormente vuelve a declarar ante el Sr. Fiscal, retractándose y entregando una versión coincidente con la de la acusación.

2.- El segundo hecho que se tiene por probado e que el imputado, al verse vencido en la

pendencia que sostenía con la víctima, extrajo de entre sus ropas una cortapluma con la que procedió a agredir a Ruiz Galdames. Este hecho se tiene por probado con el mérito del reconocimiento del imputado y de las declaraciones de los testigos citados en el punto 1, con los mismos fundamentos de su valoración. Además, se debe agregar el acta de retiro de arma blanca (documento Nro. 21) y de remisión del arma blanca por parte de carabineros a la fiscalía (documento Nro. 15), la exhibición de dicha cortapluma, en audiencia a este juzgador y el reconocimiento del arma que realizó en audiencia de prueba anticipada el testigo José Román Carrillo Beltrán.

Los elementos citados dan cuenta de la existencia del arma, de que el imputado la usó para agredir a la víctima y de las características de la cortapluma. Efectivamente, se trata de un arma blanca con una hoja de 10 cm. y filo suficiente para causar los cortes producidos en el cuerpo de la víctima.

3.- El tercer hecho que se da por probado es que el imputado, usando una cortapluma, causó lesiones de la entidad y características de que da cuenta la acusación, respecto de Enrique Domingo Ruiz Galdames. Al efecto, se debe citar el reconocimiento del imputado, las declaraciones de los testigos señalados en el punto 1, con sus fundamentos de valoración y se deben considerar los siguientes elementos adicionales:

a) Certificado de lesiones emitido por el Dr. Christian Figueroa Lassalle, del Hospital de Purén, que da cuenta de las lesiones observadas en la primera atención de la víctima, que son coincidentes con lo señalado en la acusación y son calificados como graves por el facultativo. Este documento se guarda en copia, con el número 2.

b) Observación directa, en audiencia, de las cicatrices que tiene en su rostro la víctima, que son gran profundidad y extensión, por lo que se puede afirmar, según las máximas de la experiencia, que permanecerán

por el resto de la vida del ofendido.

CUARTO: Los hechos descritos y que se tienen por acreditados, constituyen la figura típica descrita en el artículo 397 Nro. 1 del Código Penal. En efecto, como consecuencia de la agresión causada con arma blanca por el imputado Cid Placencia al ofendido Ruiz Galdames, éste último ha quedado notablemente deforme, pues su rostro exhibe una cicatriz profunda y notoria que lo ha desfigurado y que lo acompañará por el resto de su vida. Ello, salvo que técnicas médicas desconocidas por el Tribunal y que probablemente no estén al alcance de la víctima, lo impidan.

En consecuencia, concurren los elementos del tipo del artículo 397 Nro 1 del Código Penal: El imputado ha herido a su víctima, causándole lesiones de la entidad que exige la disposición referida y por su parte, la intención dolosa fluye de todos los elementos de prueba que se han citado precedentemente.

Por otro lado, no existen antecedentes que permitan fundar una posible eximente de responsabilidad penal, como sería la de legítima defensa, toda vez que se ha demostrado que la pelea en que se originaron las lesiones, se producía entre dos personas en igualdad de condiciones y sin que la víctima hubiere usado o pretendido usar algún tipo de arma o elemento contundente que pudiese servir para agredir al imputado.

QUINTO: Corresponde reconocer la concurrencia de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, en los términos expuestos por la fiscalía y solicitados por la defensa. En efecto, se configura 1a irreprochable conducta anterior del imputado Cid Placencia con el mérito del extracto de filiación que en copia se numera como documento Nro. 33.

Por otro lado, respecto de la atenuante contemplada en el artículo 11 Nro. 5 del Código Penal, también se tendrá ésta como concurrente, toda vez que el imputado Cid

Placencia obró con arrebató y obcecación producto de que estaba siendo vencido en la pendencia sostenía con Ruiz Galdames. La violencia que implica una pelea como la señalada y el contexto cultural en que se desenvuelven los actores de estos hechos permiten entender que el imputado haya obrado con arrebató tal que justifique una atenuación de su pena.

SEXTO: De acuerdo a lo expuesto, la pena solicitada por el Ministerio Público, de dos años y ciento ochenta y dos días de presidio menor en su grado medio, se encuentra dentro del marco que establece el artículo 397 Nro. 1, en relación con los artículos 11 Nro 5 y 6, 67 inciso cuarto y 69, todos del Código Penal. En consecuencia, no observándose razones para atenuar aún más la pena solicitada por el Sr. Fiscal, se accederá al máximo de lo solicitado.

Y teniendo presente lo dispuesto por los artículos Nro. 1, 5, 11 Nro. 5 y 6, 14, 15 Nro. 1, 18, 30, 50, 67, 69 y 397 Nro. 1 del Código Penal; 45, 47, 343, 344, 406, 412, 413 y 415 del Código Procesal Penal; 3, 4, 5 y 6 de la Ley Nro. 18.216, se declara:

I.- Que se condena al imputado ADOLFO GODOFREDO CID PLACENCIA a la pena de DOS AÑOS y CIENTO OCHENTA y DOS DIAS de presidio menor en su grado medio ya la pena accesoria re suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, en su calidad de autor del delito de lesiones graves del artículo 397 Nro. 1 del Código Penal.

II.- Que por cumplir los requisitos establecidos por el artículo 3 de la ley Nro. 18.216, se concede al sentenciado Cid Placencia el beneficio de la remisión condicional de la pena, debiendo permanecer sujeto a la vigilancia del Centro de Reinserción Social de Gendarmería de Chile, por un período de tiempo igual al de la condena.

III.- Que si el beneficio fuere revocado y el sentenciado tuviere que cumplir real y efectivamente la pena, se considerará como abono el tiempo que permaneció privado de libertad en la presente causa, entre el 27 de diciembre de dos mil y el 29 de enero de dos mil uno.

IV .- Que se condena en costas al sentenciado Cid Placencia.

Regístrese, notifíquese y archívese si no se apelare.

RUC 660-2; RIT 04-2000

LECTADA POR DON ALBERTO MERINO LEFENDA, JUEZ TITULAR.

- **Condena al acusado, en procedimiento abreviado, por el delito de violación, imponiendo la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales y priva a este mismo, de la patriapotestad que en su calidad de padre tenía sobre la menor violada.**

Tribunal: Juzgado de Garantía de Los Vilos

Resumen:

El Ministerio Público formuló acusación en contra del imputado como autor del delito de violación cometido en contra de su hija menor de edad de 13 años de edad. El acusado aceptó los hechos de la investigación, los antecedentes que la fundaron y el procedimiento abreviado. El Ministerio Público solicitó la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales y la aplicación del artículo 370bis del Código Penal. El tribunal dicta sentencia condenatoria imponiendo al acusado las penas solicitadas por el Ministerio Público y le priva de la patriapotestad sobre la menor.

Texto completo:

Los Vilos, veintisiete de febrero de dos mil uno.

A las 11:30 horas, ante este Juzgado Mixto de Los Vilos, se inicia la audiencia de preparación del juicio oral en contra del imputado Raúl Leonel López Cortés, cédula de identidad número 10.185.476-0, ya individualizado en Acta de Control de la detención de fs. 9, con la presencia de éste, con asistencia del Ministerio Público, representado por el Fiscal de Los Vilos, don José Morales Opazo, y el Defensor, abogado José Ignacio Vallejos Basualto, y se procedió:

El Tribunal procede a hacer una relación del contenido de la acusación, acto seguido el señor Fiscal expone:

El señor Fiscal en relación a la acusación hace las siguientes aclaraciones, en cuanto a la forma: la individualización del imputado, en donde aparece como Raúl Leonel López Bugueño, en el sentido que debe decir, Raúl Leonel López Cortes; en la letra e) medios de prueba en el N° 2, individualización del médico cirujano que suscribe el acta, en donde

se señala que es médico cirujano del Hospital de Los Vilos, en el sentido que debe decir, que es médico cirujano del Servicio Médico Legal de La Serena; y, en el encabezado lista de peritos, en el N° 2, respecto a la profesión de Claudio de la Fuente Pizarro, en donde se señala Psicólogo, debe decir, Psicólogo.

La Defensa expone, atendido de los hechos descritos anteriormente y, con el consentimiento de su representado, solicita se procede de acuerdo al procedimiento abreviado.

Se deja constancia que se le pone en conocimiento al imputado, el que entiende, y da su aprobación.

El Tribunal reitera al imputado el significado de aceptar el procedimiento abreviado, que con ello renuncia a la posibilidad de un juicio oral y faculta al Tribunal para fallar en base a los antecedentes presentados por la Fiscalía, además, se le consulta si su consentimiento ha sido libre y sin presiones, lo que contesta afirmativamente, acto seguido se vuelve a consultar al imputado

si acepta los hechos materia de la acusación y los antecedentes en que se funda, contestando afirmativamente.

Reconoce que el día de los hechos fue con su hija al baño y tuvo relaciones sexuales, pero no la amenazó de muerte, el pijama no se lo sacó, sólo lo levantó, en ningún momento la menor gritó. Acepta los antecedentes de la acusación. Reconoce que utilizó la fuerza. No fue presionado para aceptar el juicio, lo hizo en forma libre.

La Fiscalía procede a hacer una relación pormenorizada de los antecedentes de la investigación y de los fundamentos de la acusación presentada en contra del imputado Raúl Leonel López Cortés, entregada al Defensor en la audiencia de cierre de la investigación, señalando: Que el día 31 de enero de 2001, en Carabineros del Retén de Canela se presentó una persona denunciando una violación en contra de una menor de 13 años de edad. A raíz de ésta se solicitaron los primeros peritajes. El primero practicado por el médico cirujano del Hospital de Los Vilos, doña María Lucía Ríos, donde da cuenta que la menor fue víctima de un atentado sexual, con acceso carnal, por lo que se solicita orden de aprehensión en contra del imputado. Se ordenaron dos informes Psicológicos a la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos de la Fiscalía Regional del Ministerio Público, para determinar la veracidad de los hechos y un informe Psicológico al Hospital de Los Vilos. Ambos informes coincidían respecto a la situación en que se encuentra la menor emocionalmente. Se hace presente que la Psicóloga del Hospital de Los Vilos desconocía los antecedentes que se tenían en la Fiscalía, no tenía ninguna referencia de cómo ocurrieron los hechos. Respecto al informe evacuado por la doctora Juana María Bello Cordova del Instituto Médico Legal de La Serena, el que da cuenta que la menor presentaba dos lesiones por un acceso carnal, según los antecedentes,

se había producido una violación. Respecto a las declaraciones prestadas por el imputado, éste en un primer momento no se acordaba de los hechos, pero aceptaba que podía haber ocurrido y, con fecha 20 de febrero de 2001, cerró la investigación. Solicita asimismo, se aplique el principio de objetividad y, que el imputado reconozca la forma en que ocurrieron los hechos, ya que en el evento que no ocurra no podría seguir el juicio con la defensa.

La defensa no tiene nada que formular al respecto, aclara que el imputado acepta los hechos pero no está de acuerdo en que hubo amenaza de muerte, sólo fuerza.

El Tribunal resuelve: Atendido el mérito de los hechos expuestos por la Fiscalía, con acuerdo de la defensa y con el consentimiento del imputado y, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 406 y 410, se accede a la petición de la Fiscalía para aplicar el procedimiento abreviado.

Escuchadas las partes, el Tribunal pasa a resolver y a dictar la sentencia, en base a los antecedentes que entrega la Fiscalía, y al reconocimiento de los hechos efectuado por el imputado y de los antecedentes de la investigación, cuyo pronunciamiento y lectura se hará a continuación en una resolución separada.

Regístrese, archívese en la carpeta correspondiente y dése copia, a quien verbalmente lo solicitare.

Rol Unico Fiscalía N° 0100004864-6, para los efectos de ingreso de control interno Rol N°0050/2001.

Resolvió don ALEJANDRO PATRIO PALMA CID, Juez Mixto Titular.

Los Vilos, veintisiete de febrero de dos mil uno.

VISTO y CONSIDERANDO:

PRIMERO: En este Tribunal Mixto se ha seguido la causa Rol 0050-2001, Rol Fiscalía 0100004864-6, por el delito de Violación, seguida en contra del Imputado RAUL LEONEL LOPEZ CORTES, cédula de identidad nacional número 10.185.476-0, casado, obrero, domiciliado en sector Las Trancas *s/n*, Canela, sin antecedentes anteriores, representado por el Defensor Público don José Ignacio Vallejos Basualto.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público, representado por su Fiscal don José Morales Opazo ha formalizado la investigación y acusado a Raúl Leonel López Cortés de ser autor del delito de Violación en la persona de su hija Eliana Catherin López Bugueño, previsto y sancionado en el artículo 361 N° 1 del Código Penal, concurriendo en favor del imputado la aminorante de responsabilidad criminal del artículo 11 número 6 del precitado Código y, la agravante de responsabilidad del número 18 del artículo 12 del Código Punitivo, solicitando una pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales y, se aplique el artículo 370 bis del Código Penal.

TERCERO: Que los hechos en que se fundamenta la acusación son los siguientes: El 21 de enero de 2001, alrededor de las 21 :00 horas, en el sector Las Trancas, de la comuna de Canela, en circunstancias que el imputado llegó a su domicilio, llamó a la menor hacia el baño de la vivienda, la que se ubica en una caseta, le solicitó que se quitara el pijama y sus calzones, ante la negativa de la víctima, le levantó el pijama comenzando a tocarla con claras intenciones sexuales, posteriormente, bajo amenaza y utilizando fuerza, la tomó de sus manos y le tapó la boca, accediéndola carnalmente a la menor por vía vaginal, además la amenazó de muerte y con terminar

con el sustento económico para ella y su familia si denunciaba el hecho o se oponía a la penetración.

CUARTO: Que los antecedentes aportados por el Ministerio Público tendiente a establecer la existencia del hecho punible y la participación que le correspondió al imputado son los siguientes:

a) Parte de Carabineros del Retén de Canela de fecha 31 de enero de 2001, en el que consta denuncia efectuada a las 13:00 horas por Nora del Carmen Bugueño Sambra, en contra de Raúl Leonel López Cortés, quién manifestó que el domingo 21 de enero pasado su cónyuge había violado a su hija Eliana Catherin López Bugueño de 13 años de edad.

b) Atestado de Eliana Catherin López Bugueño, quién expresó que el 21 de enero de 2001, alrededor de las 22:00 horas, su papá la llevó al baño de la casa, le hizo insinuaciones, hasta que la tomó y le sacó el pijama y el calzón, luego él se bajó el pantalón y le metió el pene en su vagina.

c) Declaración de Nora del Carmen Bugueño Sambra, efectuada ante la Fiscalía el 31 de enero de 2001, quién señaló que el día anterior, alrededor de las 13:00 horas, mientras conversaba con su hija, ésta le contó que su papá le hizo algo y no quiso contra más.

d) Informes Médico Legal de Delitos Sexuales, en el que consta que Eliana Catherin López Bugueño, fue atendida en el Hospital de Los Vilos, el 31 de enero de 2001, a las 16:00 horas, quién al examen físico presentaba: edema de labios menores con enrojecimiento, caránculos himeniales con edema, sin secreciones, vagina permeable con estrechez de partes blandas, útero normal y, en sus conclusiones señala "Defloración reciente menor a 15 días."

e) Certificado de nacimiento de la menor Eliana Catherin López Bugueño, nacida el 04 de julio de 1987, hija de Raúl Leonel López Cortés y Nora del Carmen Bugueño Sambra;

f) Informe Psicológico efectuado a Eliana Catherin López Bugueño, por el Psicólogo Claudio de la Fuente Pizarro de la Unidad de Atención de Víctimas y Testigos, efectuado el 02 de febrero de 2001, el que en sus conclusiones señala que el relato de la menor impresiona como genuino, ya que sus contenidos se corresponden con las emociones expresadas conductualmente, se recomienda evaluación de su estado emocional por un especialista a fin de prevenir trastornos psicológicos perturbadores para su desarrollo biopsicosocial.

g) Testimonio de Fernando Alejandro Figueroa Ayala, Cabo 2° de Carabineros de dotación del Retén de Canela, quién expuso que el miércoles 31 de enero de 2001, se impuso de la denuncia efectuada por una señora de nombre Nora, quién era acompañada por una niña de 13 años, quién indicó que el 21 de enero el padre de la menor había llegado en la noche curado y que había abusado de ella, tapándole la boca, amenazándola para que no contara lo sucedido.

h) Informe Psicológico evacuado por la Psicóloga Paulina Irrarrazabal Bravo del Hospital de Los Vilos de fecha 07 de enero de 2001, el que en sus conclusiones indica: efectividad del relato de la menor, se concluyen características de stress post-traumático partiendo por trastornos de conciliación del sueño, pensamiento rumiante, disminución del apetito, etc. Aparece el clásico sentimiento de "suciedad" aunque la culpa no es tan severa. Hay un auto concepto disminuido y se ha deteriorado la figura femenina como tal.

i) Informe Médico evacuado por el Servicio Médico Legal de La Serena, en el que consta

que Eliana Catherin López Bugueño fue atendida el 06 de febrero de 2001 y en sus conclusiones señala: "la niña examinada se encuentra virgen. En la niña examinada se constatan dos lesiones perihimeales, compatibles con la acción de un elemento contundente que actúa con fuerza en la zona, compatible con el antecedente de un pene en erección y con fecha señalada."

QUINTO: Que el imputado ha aceptado los hechos en los cuales se funda la acusación, los antecedentes aportados por la Fiscalía y en el procedimiento abreviado, lo que ha expresado ante este Tribunal en forma libre y espontánea, conociendo su derecho a exigir un juicio oral, entendiendo las consecuencias de esto y, no habiendo sido objeto de coacción de ningún tipo, en los siguientes términos: Que si bien no amenazó de muerte a la niña, efectivamente el 21 de enero de 2001, alrededor de las 21:00 horas en el interior de su domicilio ubicado en el sector de La Trancas *s/n*, comuna de Canela, llamó a la menor Eliana Catherin López Bugueño hacia el baño y en el interior de éste le solicitó a la menor que se quitará el pijama y sus calzones, ante la negativa de ella le levantó el pijama que portaba, comenzando a tocarla y, utilizando la fuerza procedió a efectuarle tocaciones de contenido sexual ya penetrarla por vía vaginal.

SEXTO: Que apreciados los antecedentes probatorios pormenorizados precedentemente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 369 bis del Código Penal, se puede tener por establecido que en el sector Las Trancas, comuna de Canela, el 21 de enero de 2001, alrededor de las 21 :00 horas, Raúl Leonel López Cortés, en el baño de su domicilio, llamó a su hija menor de edad Eliana Catherin López Bugueño, a quien le subió el pijama que portaba y, mediante fuerza procedió a efectuarle tocaciones de contenido sexual y a penetrarla por vía vaginal, hecho que por reunir los requisitos establecidos por el

legislador, tipifican el delito de Violación en la persona de la menor Eliana Catherin López Bugueño, ilícito penal previsto y sancionado en el artículo 361 numeral 1° del Código Penal, en el que ha correspondido participación, en calidad de autor, a Raúl Leonel López Cortés.

SEPTIMO: Que perjudica al imputado la agravante de responsabilidad prevista en el N° 18 del artículo 12 del Código Penal, esto es, ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto, que por su edad y relación de parentesco con la víctima, debía tener, al ser ella su hija y menor de 13 años de edad.

OCTAVO: Que concurre en favor del imputado la aminorante de responsabilidad criminal de su irreprochable conducta anterior, acreditado con el mérito de su Extracto de Filiación y Antecedentes, exento de anotaciones penales pretéritas, que se compensará racionalmente con la agravante de responsabilidad antes indicada.

NOVENO: Que para la aplicación de la pena, se estimará que el enjuiciado concurre sin circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal y, pudiendo el Tribunal recorrer en toda su extensión la pena, ésta se le aplicará en su parte baja.

Yvisto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 12 N° 18, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 26, 29, 68, 69, 361 numeral 1°, 369 bis, 370 bis del Código Penal; 1, 45, 166, 248, 259, 406, 409, 410, 411, 412 y 413 del Código Procesal Penal, se declara que:

A./ Se condena al imputado **RAUL LEONEL LOPEZ CORTES**, cédula de identidad nacional número 10.185.476-0, ya individualizado, como autor del delito de Violación en la persona de su hija, la menor Eliana Catherin López Bugueño, cometido en el sector Las Trancas, comuna de Canela, el 21 de enero de 2.001, a la pena de **CINCO AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MAXIMO.**

B./ Se le impone, asimismo, la accesoria inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y, el pago de las costas de la causa.

C./ Siendo la menor víctima del delito hija del imputado queda éste privado de la patria potestad de ésta y, además, de todos los derechos que por el Ministerio de la Ley se le confieren respecto de la persona y bienes de la ofendida, de sus ascendientes y descendientes, debiendo subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento de la menor Eliana Catherin López Bugueño, ejecutoriado que sea este fallo.

No habiéndose recepcionado aún el informe presentencial del imputado y, reuniéndose a su respecto los requisitos establecidos en el artículo 15° de la Ley número 18.216, se le suspende, entre tanto, el cumplimiento de la pena corporal impuesta.

Atendido el mérito de lo resuelto precedentemente, dése orden inmediata de libertad en favor del imputado Raúl Leonel López Cortés, debiendo concurrir al Centro de Reinserción Social de La Serena, para los efectos de evacuarse a la brevedad el informe solicitado. Oficiese.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 372 ter. y, a fin de dar protección a la ofendida, se le prohíbe al imputado aproximarse a la ella, debiendo abandonar el hogar que comparte con la víctima. Dése orden inmediata de libertad al Centro de Detención Preventiva de Illapel.

Fíjese audiencia para los efectos de las condiciones que deberá cumplir el imputado, respecto del beneficio de libertad vigilada, para la audiencia del día jueves 15 de marzo de 2001, a las 13:30 horas y, requiérase oportunamente el informe respectivo.

Cúmplase, en su oportunidad, con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

REGISTRESE, NOTIFIQUESE y ARCHIVESE SI NO SE APELARE.

Se procede a la lectura íntegra del presente fallo, quedando las partes notificadas, entregándose copias a cada una de ellas.

**ROL 0050-2001. Rol Fiscalía
0100004864-6.**

**DICTADO POR DON ALEJANDRO PATRICIO
PALMA CID, JUEZ MIXTO TITULAR.**

- **Rechaza nulidad procesal y declara procedente el procedimiento simplificado cuando no se ha requerido dentro de plazo el procedimiento monitorio.**

Tribunal : Juzgado de Garantía de Vicuña.

Resumen:

La defensoría Pública recurre de nulidad procesal en contra de la resolución que fija audiencia de juicio simplificado, en razón de que, según sostiene, la ley procesal penal ha establecido para las faltas un procedimiento especial que favorece al infractor con ciertos beneficios de los que no goza en el juicio simplificado. Evacuando el traslado, el Ministerio Público sostiene que el simplificado es un procedimiento aplicable tanto a las faltas como a otros ilícitos y que resulta procedente cuando, siendo ello posible, no se ha hecho uso del procedimiento monitorio; agrega que impedir su uso luego del plazo inicial de cinco días significaría establecer una prescripción de corto tiempo (cinco días) para las faltas, lo que contradice la norma expresa del artículo 94 del Código Penal. La Jueza de Garantía señala que el Monitorio es un procedimiento de carácter especial y acotado, para cuya utilización el legislador ha impuesto a los fiscales exigencias como el plazo de cinco días dentro del cual deberá presentar el requerimiento; agrega que el vocablo "deberá" no hace improcedente otro procedimiento sino que obliga al fiscal sólo en cuanto quiera hacer uso del monitorio; en relación con las mayores garantías que, según la defensa, existirían para el infractor en el procedimiento monitorio, el tribunal da cuenta de las notables diferencias y mayores garantías que asisten al imputado en un procedimiento menos concentrado situando, por ende, al juicio oral en la parte más alta de la escala en lo que a garantías se refiere, por lo que desestima la alegación y, finalmente, rechaza la nulidad procesal solicitada.

Texto completo:

Vicuña, diecinueve de febrero de dos mil uno.

Vistos:

1°.- Que don Leonardo Díaz Valencia, defensor Público de Vicuña solicita se declare la nulidad procesal de la resolución judicial dictada el 7 de febrero de 2001, en la cual se fija audiencia de juicio simplificado para el día 28 del mismo mes.-

2°.- Funda su solicitud en que su defendido está siendo imputado por la Fiscalía como autor de la falta contemplada en el artículo 494 N° 5 del Código Penal (lesiones leves), sancionada con pena de multa de 1 a 4 UTM.

Sostiene que el artículo 392 del Código Procesal Penal es claro al establecer que en el caso de las faltas que debieren sancionarse sólo con pena de multa, el Fiscal deberá presentar ante el juez competente el requerimiento, que deberá contener una proposición sobre el monto

de la multa.

Agrega que el procedimiento que establece el artículo 392 del Código Procesal Penal es especial respecto del establecido por los artículos 388 y 390 del mismo Código, donde la intención del legislador es favorecer al infractor dándole la posibilidad de obtener una rebaja de la multa cuando no reclame de ésta y la pague dentro de plazo.

Afirma que la resolución impugnada está ordenando la aplicación de un procedimiento que la ley no contempla para las faltas sancionadas sólo con una pena de multa (como ocurre en la especie) produciendo al imputado un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad pues le impide el ejercicio del derecho consistente en que, de ser requerido en procedimiento monitorio pudiera obtener una rebaja en el monto de la multa.

3°.- Concedido traslado al Ministerio

Público solicita se rechace en todas sus partes la solicitud de nulidad presentada por el defensor.

Funda su pretensión en que el Código Procesal Penal regula en el libro IV, Título I, el Procedimiento Simplificado, señalando en su artículo 388 que su ámbito de aplicación se extiende al conocimiento y fallo de las faltas, además que a otros ilícitos.

Sostiene que siendo el procedimiento simplificado uno general para las faltas, se aplica cada vez que no se hace uso del procedimiento monitorio.

Afirma que si el Ministerio Público no pudiese hacer uso del procedimiento simplificado general cuando transcurre el plazo de 5 días, se estaría estableciendo una prescripción de cortísimo tiempo de la acción penal en las faltas, derogando el artículo 94 inciso 4° del Código Penal y afectando a la víctima sustancialmente.

Agrega en cuanto al perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad que debe estar presente en la declaración de nulidad, no concurre pues utilizando el procedimiento simplificado surgen otras vías incluso más favorables para el imputado como lo son las posibilidades de acuerdo reparatorio o suspensión de la imposición de la condena.-

4°.- Que corresponde analizar la procedencia de la nulidad procesal impetrada a la luz de las normas establecidas en los artículos 159 y siguientes del Código Procesal Penal, particularmente en lo tocante a determinar si la resolución impugnada es una actuación o diligencia judicial defectuosa que ocasiona a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad.

En tal sentido el punto a dilucidar consiste en si ha sido procedente aceptar al dar curso progresivo- que se conozca en

procedimiento simplificado una falta que está sancionada sólo con pena de multa o, si por el contrario, sólo cabe en el caso la vía del procedimiento monitorio.-

5.- Será útil para la comprensión de la decisión que se tomará precisar el carácter del procedimiento monitorio en relación al simplificado. En tal sentido es necesario señalar que el monitorio aparece como un procedimiento excepcional en relación al simplificado que es el general, en tanto el primero está sujeto a limitaciones que lo acotan y limitan su operatividad al proceder exclusivamente respecto de las faltas que tienen como única sanción una multa y sólo poder ser propiciado por el Fiscal del Ministerio Público, contrariamente al simplificado que rige en general para las faltas y puede ser accionado tanto por el Fiscal como por la víctima, obviamente cumpliendo esta última con las normas sobre comparecencia en juicio.-

6.- A nuestro juicio se pensó en esta modalidad más concentrada para aquellos sencillos casos en los que realmente en 5 días el Fiscal esté en condiciones de presentar requerimiento con algún futuro. No olvidemos que si no acopia dentro de este plazo los antecedentes suficientes para fundar el requerimiento no será acogido por el Juez de Garantía.

De otra parte sabemos que el requerido por un procedimiento monitorio puede manifestar su disconformidad. En estos dos casos el monitorio se verá frustrado y habrá que ir naturalmente al simplificado, es decir, no operando el monitorio ya sea porque el juez de garantía estimó infundado el requerimiento y/o monto de la multa o porque el inculpado lo controvierte se prosigue con el procedimiento simplificado ¿qué puede impedir conceptualmente entonces que, una vez transcurridos los 5 días con que

cuenta el fiscal sin haber presentado requerimiento para monitorio, lo haga al sexto para simplificado si en todos los otros casos de frustración del monitorio ello es perfectamente posible?

7.- Se ha querido entender que al señalar el artículo 392 del Código Procesal Penal que *"tratándose de faltas que debieren sancionarse sólo con pena de multa, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la denuncia el fiscal deberá presentar ante el juez competente el requerimiento..."* que la expresión "deberá" obliga al fiscal a presentar el requerimiento para monitorio en todo caso de falta sancionada con pena de multa, interpretación de la que discrepa esta jueza, entendiéndose que a lo que está obligado el fiscal es a que si va a usar procedimiento monitorio "deberá" presentar el requerimiento dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la denuncia y, naturalmente que transcurridos este plazo sólo le queda la vía del juicio simplificado.

8.- En cuanto al perjuicio que afectaría al interviniente reparable únicamente con la declaración de nulidad, la defensa lo ha hecho consistir en la negación de la posibilidad de ejercer el derecho consistente en que el imputado pudiera obtener una rebaja en el monto de la multa.-

Esta afirmación ha sorprendido a esta jueza. Si pudiéramos graduar los procedimientos de menos a más garantías para el imputado deberíamos poner al juicio oral en el extremo de la escala que contiene la maximización de las garantías y al procedimiento monitorio en el extremo contrario. El juicio simplificado, que es un juicio oral ante el juez de garantía, evidentemente conlleva inmejorables ventajas para el imputado en relación al procedimiento monitorio, traducidas en la

posibilidad de defenderse con asistencia letrada, rendir prueba, declarar como medio de defensa o no hacerlo, obtener suspensión de los efectos de la condena, recurrir en contra de la sentencia definitiva, para mencionar sus aspectos principales. Sin ir más lejos puede ser absuelto de todo cargo.

Puestas en una balanza las máximas posibilidades del imputado en el procedimiento monitorio y el juicio simplificado, consistentes en el primer caso según postula la defensa en el hecho de lograr reducción de la multa en un 25% de pagarla dentro del plazo respectivo y consistentes en el segundo de obtener una sentencia absolutoria, huelgan comentarios.

9°.- Por último es menester señalar que en la especie se está persiguiendo la falta indicada en el artículo 494 N° 5 del Código Penal, esto es, lesiones leves lo que hace aplicable lo dispuesto en el artículo 390 inciso final del Código Procesal Penal, es decir que sólo podrán efectuar el requerimiento las personas a quienes correspondiere la titularidad de la acción conforme lo dispuesto en el artículo 54 del mismo cuerpo legal.-

Esto significa lisa y llanamente que únicamente el titular de la acción puede requerir, solo o asesorado por el Ministerio Público, según decida. Si el titular de la acción comparece sin la presencia jurídica del Fiscal no podrá presentar requerimiento para procedimiento monitorio que es una herramienta propia y exclusiva del fiscal, atendida no sólo la letra del artículo 392 del Código Procesal Penal sino que su operatividad. ¿Qué le queda entonces para perseguir la responsabilidad por esta falta sancionada sólo con pena de multa? : el juicio simplificado.

En definitiva, la afirmación consistente en que las faltas sancionadas únicamente

con pena de multa sólo pueden perseguirse de acuerdo al procedimiento monitorio es incorrecta, en tanto múltiples posibilidades demuestran lo contrario; a saber: si el Juez de Garantía no acoge el requerimiento por estimarlo infundado, si el inculpado controvierte el requerimiento o monto de la multa, si el titular de la acción presenta requerimiento y, por último, si el fiscal lo solicita después de expirado el plazo para proceder de acuerdo al monitorio.-

Y teniendo, además, presente lo dispuesto en los artículos 54, 159, 388, 390, 392 del Código Procesal Penal, se declara que no se da lugar a la nulidad procesal de la resolución que fija audiencia para juicio simplificado en esta causa, con costas.-

RUC 0100002357-0

RUI 20-2001

María Francisca Zapata García.
Jueza Titular.

- **Condena a imputado en procedimiento abreviado por los delitos de robo en lugar no habitado en concurso material con el delito de daños, imponiendo dos penas separadas y concediendo la remisión condicional de la pena.**

Tribunal : Juzgado de Garantía de Illapel.

Resumen:

Ministerio Público formuló acusación por los delitos de robo en lugar no habitado y daños en contra de imputado que aceptó los hechos dando lugar al procedimiento abreviado. Se solicitó la pena única de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, pero el tribunal, haciendo uso de sus facultades y de conformidad con el artículo 74 del Código Penal, por ser esto último favorable al imputado, impuso una pena por cada delito.

Texto completo.

Illapel, doce de abril de dos mil uno.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que ante este Tribunal de Garantía se ha seguido la causa Rol Interno N° 1-2001, Rol Único Causa N° 0100001725-2, por los delitos de robo en lugar no habitado y daños, en contra del imputado **MIGUEL ÁNGEL TOLEDO VILLARROEL**, chileno, natural de Illapel, nacido el 03 de noviembre de 1979, 21 años, estudiante, soltero, domiciliado en calle Nueva Esperanza N° 50, Población Nueva Independencia, Illapel, cédula de identidad N° 20.166.260-5, sin antecedentes anteriores, representado por el Defensor Penal Público, don José Ignacio Vallejos Basualto.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público, representado por la señora Solange Huerta Reyes, Fiscal Adjunto Jefe de Illapel, ha formalizado la investigación y acusado a Miguel Angel Toledo Villarroel como autor de los delitos de robo en lugar no habitado en concurso material con el delito de daños, tipificados y sancionados en los artículos 442 y 486 del Código Penal, concurriendo a favor del imputado las circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal establecidas en los artículos 11 N° 6 y 7 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior y reparar

con celo el mal causado, mediante consignación de \$ 120.000.- efectuada en la cuenta corriente del tribunal, solicitando una pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, como autor de los ilícitos que se le imputan en concurso material, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos..

TERCERO: Que los hechos en que se fundamenta la acusación son los siguientes: el día 12 de enero del presente año en horas de la madrugada el imputado ingresó al local comercial Santa Paulina, ubicado en calle Independencia N° 02 de Illapel, con escalamiento de pared y rompiendo cuatro planchas de intermit de la bodega del local, procedió a ingresar por el forado, para posteriormente apropiarse de diversas especies, consistente en mercadería, cuyo monto total asciende a \$170.000.- (ciento setenta mil pesos), las que transportó en un saco rojo de aspillera plástica. Los objetos sustraídos se contienen en "Acta de Incautación de especies", que acompaña y que solicita se tenga como parte integrante de la presente acusación. Además, el imputado, portaba un banano personal, el que contenía las siguientes especies: 1 sobre de marca Zuko, 1 esmalte de uñas, 1 cajetilla de

cigarrillos marca Luky Strike, 1par de aros dorados, 8 unidades de chicles marca Grosso, 2 correctores líquidos marca Tipp-ex, diversas monedas de \$10.- (diez pesos), las cuales no tenían olor a cloro, cuando fueron encontradas en poder del imputado.

Además, procedió a vaciar ocho botellas de cloro en toda la mercadería que se encontraba en el local comercial, la que se especifica en "Acta de avalúo de Daños" realizado en la Fiscalía, que se acompaña, y que solicita se tenga como parte integrante de la acusación, la cual asciende a la suma de \$ 303.970.- (trescientos tres mil pesos).

CUARTO: Que los antecedentes aportados por el Ministerio Público tendientes a establecer la existencia de los hechos punibles y la participación que le correspondió al imputado son los siguientes:

- a) Parte de Carabineros de la Cuarta Comisaría de Illapel, de 12 de enero de 2001, mediante el cual se pone en conocimiento de la Fiscalía haber procedido a la detención del imputado, por haber sido sorprendido en la vía pública portando un saco que contenía cigarrillos y golosinas, momentos en que intentaba esconderlo.
- b) Fotocopia simple del acta de declaración de preexistencia y dominio de las especies sustraídas hecha por don Manuel Elías Moya Venegas, las que avalúa en la suma de \$164.550.-
- c) Constancia de devolución de las especies sustraídas.
- d) Acta de avalúo de daños producidos en el local comercial efectuado por el denunciante.
- e) Acta de declaración del detenido, prestada ante el Ministerio Público, en que manifiesta haber encontrado un saco en la vía pública, en la esquina de Rancagua con un Pasaje, el que abrió y como tenía cigarrillos y chicles, decidió llevarlo hacia el río.
- f) Acta de declaración del denunciante don Manuel Elías Moya, quien expone que personal

de Carabineros le comunicó que habían ingresado a robar a su local comercial y que habían recuperado las especies, las que reconoció y avaluó. Agrega que ingresaron a su negocio por una puerta lateral saltando la pandereta, procediendo a romper las planchas de internit que cierran la bodega. Además produjeron daño en la mercadería rociándola con cloro.

g) Acta e informe del sitio del suceso N° 22 de la Sección Investigativa Delictual de Carabineros de Illapel en que se fija el lugar mediante fotografías y croquis.

h) Informe Pericial N° 135X01 de la Dirección Investigativa Delictual y Drogas, Departamento de Criminalística de Carabineros de Chile, el que concluye que las muestras M-1, los pelos N° 2 y 3 de la muestra M-2, M-3 y IM-T corresponden a pelos humanos, que de acuerdo al diámetro promedio corresponden a pelos de la cabeza. El pelo N° 1 de la muestra M-2, corresponde a una fibra de color gris. El pelo de la muestra M-4, es de origen animal. La muestra de pelo M-3, presenta similitud en largo, color y aspecto con tres pelos presente en la muestra M-T. La cantidad de pelos comparados es escasa y al análisis microscópico no son suficientes para establecer con certeza que el pelo M-3 tenga el mismo origen que los pelos de la muestra M-T. Las muestras M-1 y M-2 presentan más diferencias que similitudes con los pelos de la muestra M-T.

QUINTO: Que el imputado ha aceptado los hechos en los cuales se funda la acusación, los antecedentes aportados por la Fiscalía y en el procedimiento abreviado, lo que ha expresado ante este Tribunal en forma libre y espontánea, conociendo su derecho a exigir un juicio oral, entendiéndolo las consecuencias de esto y, no habiendo sido objeto de coacción de ningún tipo, en los siguientes términos: el día 12 de enero del presente año en horas de la madrugada ingresó al local comercial Santa Paulina, ubicado en calle Independencia N° 02 de Illapel, con escalamiento de pared y

rompiendo cuatro planchas de internit de la bodega del local, procedió a ingresar por el forado, para posteriormente apropiarse de diversas especies, consistente en mercadería, cuyo monto total asciende a \$170.000.- (ciento setenta mil pesos), las que transportó en un saco rojo de aspillera plástica. Los objetos sustraídos se contienen en "Acta de Incautación de especies", que se acompaña a la acusación. Además, en el banano que portaba contenía las siguientes especies: 1 sobre de marca Zuko, 1 esmalte de uñas, 1 cajetilla de cigarrillos marca Luky Strike, 1 par de aros dorados, 8 unidades de chicles marca Grosso, 2 correctores líquidos marca Tipp-ex, diversas monedas de \$10.- (diez pesos), las cuales no tenían olor a cloro, cuando fueron encontradas en poder del imputado.

Además, procedió a vaciar ocho botellas de cloro en toda la mercadería que se encontraba en el local comercial, la que se especifica en "Acta de avalúo de Daños" realizado en la Fiscalía, que forma parte integrante de la acusación, la cual asciende a la suma de \$ 303.970.- (trescientos tres mil pesos).

SEXTO: Que la defensa precisa que son dos las consignaciones efectuadas para reparar el mal causado: la primera por la suma de \$ 120.000 y la segunda por \$50.000, de fechas 13 y 23 de marzo del presente años, respectivamente. Asimismo señala que la pena a aplicar va de 541 días a 5 años, y la solicitada por la Fiscalía, tres años y un día está dentro del máximo, por lo que solicita se conceda alguno de los beneficios alternativos, haciendo presente que se practicó informe presentencial al imputado, por lo que procede se suspenda el cumplimiento de la condena mientras se evacua tal informe. Habiéndose otorgado por el tribunal la oportunidad al acusado, para que haga su exposición final, señaló que se siente arrepentido de haber cometido el delito y pide disculpas a la víctima presente en la audiencia.

SÉPTIMO: Que apreciados los antecedentes probatorios pormenorizados precedentemente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, se puede tener por establecido que en esta ciudad, el día 12 de enero del presente año en horas de la madrugada, el imputado Miguel Ángel Toledo Villarroel, ingresó al local comercial ubicado en calle Irarrázabal N° 02 de Illapel, escalando la pared y rompiendo cuatro planchas de internit de la bodega del local efectuando un forado, y desde el interior sustrajo diversas especies, consistente en mercadería, cuyo monto total asciende a \$170.000.- (ciento setenta mil pesos), las que transportó en un saco rojo de aspillera plástica.

Además, procedió a vaciar ocho botellas de cloro en toda la mercadería que se encontraba en el local comercial, también consistente en especies comestibles, cuyo avalúo asciende a la suma de \$ 303.970.- (trescientos tres mil pesos).

Los hechos descritos, por reunir los requisitos establecidos por el legislador, tipifican los delitos de robo en lugar no habitado previsto y sancionado en el artículo 442 N° 1 y 3 del Código Penal, y el delito de daños previsto en el artículo 486 del Código Penal en relación con el artículo 485 N° 3 del mismo texto legal, ambos en perjuicio de Manuel Elías Moya Venegas, en los que ha correspondido participación al imputado Miguel Ángel Toledo Villarroel en calidad de autor.

OCTAVO: Que concurren en favor del imputado las circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal establecidas en el artículo 11 Nos. 6 y 7 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior, que se acredita con el extracto de filiación acompañado por la Fiscalía en el que consta que el acusado no tiene antecedentes pretéritos y la de reparar con celo el mal causado, con las consignaciones efectuadas en

la cuenta corriente del Tribunal, por las sumas de \$ 120.000 y \$ 50.000 según consta de la certificación de fojas 64, circunstancias que favorecen al imputado respecto de ambos delitos y no en forma separada como lo sostiene el Ministerio Público en su exposición.

NOVENO: Que habiéndose propuesto por la Fiscalía la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal Penal, y que estando facultado el tribunal, por el inciso tercero de la misma disposición legal, para aplicar la pena en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si de seguirse este procedimiento pudiere corresponderle al sentenciado una pena menor, el tribunal hará uso de esta facultad atendido de que las penas aplicadas de este modo resultan más favorables al acusado.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 1°, 11 N° 6 y N° 7, 14 N° 1°, 15 N° 1, 24, 26, 29, 68, 69, 74, 442 N° 1, 454, 485 y 486 del Código Penal; 1°, 45, 166, 248, 259, 297, 351, 406, 407, 409, 410, 411, 412 y 413 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- QUE SE CONDENA al imputado **MIGUEL ANGEL TOLEDO VILLARROEL**, cédula nacional de identidad N° 20.166.260-5, ya individualizado, a las siguientes penas:

A.- QUINIENTOS CUARENTA Y UN DIAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO, como autor del delito de robo en lugar no habitado en perjuicio de Manuel Elías Moya Venegas, hecho cometido el 12 de enero de 2001, en esta ciudad, más la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y, al pago de las costas de la causa.

B.- QUINIENTOS CUARENTA Y UN DIAS DE RECLUSIÓN MENOR EN SU GRADO MEDIO Y MULTA DE SEIS UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES, como autor del delito de daños en especies de

propiedad de Manuel Elías Moya Venegas, perpetrado el 12 de enero de 2001 en esta ciudad, más la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa.

II.- Que reuniéndose en la especie los requisitos establecidos en el artículo 4° de la Ley 18.216, se concede al sentenciado el beneficio de **REMISION CONDICIONAL** de la pena por el plazo de **TRES AÑOS**, durante el cual deberá permanecer sujeto a la vigilancia de la autoridad correspondiente de Gendarmería de Chile, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 5° del mismo texto legal.

III.- En el evento que el sentenciado tuviere que cumplir efectivamente la pena privativa de libertad impuesta, le servirán de abono los doce días que permaneció privado de libertad, esto es, desde el 12 al 23 de enero de 2001, según consta de las certificaciones de fojas 7 vuelta y 21 vuelta.

IV.- En el evento de que el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa impuesta, sufrirá por vía de sustitución y apremio la pena de reclusión regulándose un día por cada un quinto de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda nunca exceder de seis meses.

Cúmplase en su oportunidad con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Atendido lo resuelto precedentemente no ha lugar a la suspensión del cumplimiento de la condena solicitada por la Defensa.

REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE SI NO SE APELARE.

Rol Unico N° 0100001725-2

Rol Interno N° 1-2001.

PRONUNCIADA POR DOÑA AHOLIBAMA MORALES CACERES, JUEZ DE GARANTIA TITULAR DE ILLAPEL.

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL

- **Condena a imputado, en juicio oral, por el delito de amenazas no condicional, a la pena de trescientos un día de presidio menor en su grado mínimo.**

Tribunal : Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena.

Resumen:

El Ministerio Público formuló acusación por el delito de robo con intimidación, alegando que concurrían en perjuicio del imputado las agravantes de "actuar con personas exentas de responsabilidad criminal según el art. 10 N° 1 del Código Penal" (art. 456 bis N° 5 C.P.); "cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado" (art.12 N° 14); y "prevalerse de un menor para cometer el delito" (art. 72). Por su parte, la defensa alega que sólo existe el ilícito penal de amenazas. El Tribunal desestima la totalidad de las circunstancias agravantes invocadas en razón de no verificarse los supuestos del artículo 10 N° 1 y que, al haberse suspendido la pena durante cuyo cumplimiento se habría cometido el delito, a través de la concesión de remisión condicional, no habría propiamente cumplimiento ni quebrantamiento. Desestima también el tribunal la calificación de robo con intimidación por cuanto considera no acreditada ni la apropiación ni la intimidación, teniendo por suficientemente probada sólo la existencia del delito de amenaza no condicional por el que condena imponiendo la pena de trescientos un días de presidio menor en su grado mínimo.

Texto completo:

La Serena, veintiséis de marzo del año dos mil uno.

VISTOS:

PRIMERO: Que, con fecha veintiuno de marzo de dos mil uno, ante esta Primera Sala del Tribunal de *Juicio* Oral en lo Penal de la ciudad de La Serena, constituida por el Juez Presidente de Sala señor Jaime Meza Sáez y los Jueces señores Jorge Fernández Stevenson y Enrique Durán Branchi, se llevó a efecto la audiencia del *Juicio* Oral relativa a los autos rol N°1-2001, seguidos contra CRISTIAN ANDRES SENZANO GODOY, chileno, casado, 21 años de edad, cédula de identidad N° 10.780.905-8, domiciliado en calle Mar *Jónico* N°177, Villa Portugal, San Juan de Coquimbo, condenado anteriormente por los siguientes tribunales: a) segundo Juzgado del Crimen de Coquimbo, como autor del delito de robo en

lugar no habitado, causa rol N° 24.076-99, pena remitida y b) Tercer Juzgado de Letras de Coquimbo, como autor de los delitos de hurto y hurto falta, causa rol N°-452-99, en la que se concedió el beneficio de la reclusión nocturna.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, con domicilio en calle Doctor Marín N° 302 de la ciudad de Coquimbo, representado por don Rodrigo de la Barra Cousiño.

La defensa del encausado estuvo a cargo de los abogados Diego Falcone Salas e Inés Lorena Rojas Varas, de la Defensoría Penal Pública de Coquimbo.

SEGUNDO: Que, los hechos materia de la acusación, según el auto de apertura del juicio oral, tuvieron lugar el 19 de diciembre del año 2000, cerca de las 19:00 horas, en las

personas y en perjuicio de Luis Araya Barraza y Ana Luz Cisternas Rojas, en sentido, según lo expuesto en el considerando precedente. En la especie existe amenaza, pero no aquella propia de uno de los elementos del tipo en el delito de robo con intimidación.

Lo anterior tiene como base de razonamiento la declaración del afectado Luis Araya Barraza, quien expresa que luego de haber visto al imputado realizando desmanes en la calle, momentos después observó a cuatro personas, dos de las cuales entraron al local, siendo uno de éstos el acusado. Este portaba un sable o machete, y trepó al mostrador diciéndole "sapo, concha de tu madre, te voy a matar". Agrega que trató de tranquilizarlo, ya que se sentía en peligro; enseguida, al llegar su cónyuge, ésta se puso en medio para que no continuara el hecho.

Lo expuesto en el párrafo anterior está conteste con lo declarado por la afectada Ana Luz Cisternas Rojas, quien expresa, que en el día y hora de los hechos se encontraba en el segundo piso del inmueble y al sentir gritos y amenazas desde el negocio, bajó y vio al imputado con un machete amenazando de muerte a su marido, versión que se complementa con la declaración de la testigo de la defensa Lidia González Salazar, quien manifestó que el día y hora de los hechos fue a comprar al negocio de los afectados y vio en la calle a Cristián Senzano llevando un cuchillo en la mano, quien entró al local profiriendo insultos, oyendo decir "viejo culiao, concha de tu madre" y escuchando gritar a la señora de Araya Barraza .

Finalmente, todas las declaraciones anteriores se encuentran reafirmadas con la confesión del acusado Cristián Andrés Senzano Godoy quien expresó que como había tirado una piedra a una Iglesia y lo observo el señor Araya, tenía miedo que lo denunciara por ello, ya que no quería volver a la cárcel. Debido a esto, fue a

su casa a buscar un machete, concurrió al negocio del ofendido y lo amenazo de muerte, diciéndole además "sapo, concha de tu madre" . Su domicilio de calle Los Copihues NQ 1336 ., Villa Portugal, San Juan, Coquimbo, en circunstancias que el referido imputado habría ingresado al domicilio de los afectados y mediante intimidación con arma cortopunzante, sustrajo diversas especies de propiedad de las mencionadas víctimas.

Contestando la acusación deducida en su contra, la defensa del imputado expuso que los hechos de la causa no tienen la calificación de robo con intimidación. Manifiesta que el acusado estaba bebido y salió a la calle con unos amigos, donde tiró piedras a una capilla y obstaculizó el paso de un microbús, dándose cuenta que lo observaba el señor Araya desde su amasandería y con el objeto que no lo denunciara, tomo un machete y lo fue a amenazar de muerte, lo que hizo como asimismo rompió una máquina heladera sin sustraer nada de ella. Agrega que robo no hubo, sino solo amenazas.

TERCERO: Que, son hechos no controvertidos en la causa, por haber sido materia de convención probatoria, los siguientes: a) el de encontrarse bebido el imputado, el día y hora de la ocurrencia de los hechos; b) que el imputado arrojaba piedras en la vía pública, fuera del local de la amasandería, ubicado en el domicilio de las víctimas, el día y hora de los hechos; c) el de encontrarse el imputado acompañado por otras personas el día, hora y en el lugar de ocurrencia de los hechos, y d) el de haber ingresado el imputado al local de amasandería ubicado en el domicilio de las víctimas, el día y hora de ocurrencia de los hechos.

CUARTO: Que, en consecuencia, de conformidad al objeto del juicio, corresponde establecer la existencia de los siguientes hechos que puedan ser atribuidos al imputado:

a) la sustracción de cosa mueble ajena con ánimo de lucro, de propiedad de los ofendidos, y b) intimidación en su contra consistente en amenaza, ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia U oposición a que se quiten o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar la manifestación o entrega.

QUINTO: Que, en lo relativo a la sustracción de cosa mueble ajena con ánimo de lucro, elemento del tipo penal objeto de la acusación, ésta no ha sido probada en autos, toda vez que:

1.- El ofendido don Luis Araya Barraza en su contrainterrogación dijo que no vio quien sacó las bebidas y, que ni el agresor *ni* sus acompañantes le pidieron dinero u otras especies.

2.- La ofendida doña Ana Luz Cisternas Rojas tampoco vio sustracción de especies por parte del imputado.

3.- Es, además, insuficiente para estos efectos la declaración del sargento de Carabineros Carlos Videla Trujillo, quien concurrió ante el llamado radial al lugar de los hechos, el que expone solo que las botellas estaban fuera del local comercial junto a la muralla que al lado de la puerta de acceso de éste, dentro del ante jardín del inmueble. Contrainterrogado expone que tampoco vio quien sacó las bebidas de la maquina.

4.- Del mismo modo, es también insuficiente e irrelevante para probar la sustracción el hecho que las bebidas aún estuviesen húmedas al momento de ser devueltas por carabineros, según lo expuso el afectado Luis Araya Barraza.

5.- Finalmente, los dichos de Ana Luz Cisternas Rojas, tampoco resultan idóneos para estos efectos, en cuanto señala que uno de los

acompañantes del agresor tomó un frasco con dulces, pues por una parte éstos fueron devueltos inmediatamente en forma voluntaria por la misma persona, y por otra, se ignora la existencia de comunicabilidad de aquél con el imputado.

SEXTO: Que, en lo relativo a la intimidación ésta no ha resultado acreditada en el juicio, ya que no existe ningún elemento de prueba que permita vincular las amenazas proferidas por el imputado con sustracción alguna o intención en tal .

De este modo, con las pruebas anteriormente indicadas, apreciadas libremente, conforme lo dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal, se tiene por acreditado que un sujeto, el 19 de diciembre de 2000, alrededor de las 19:00 horas, entre al negocio del afectado Luis Araya Barraza empuñando un machete en sus manos, y desde atrás de un mostrador, lo amenazó de muerte.

SEPTIMO: Que, el hecho referido en el fundamento precedente configura 3610 el *delito* de amenazas no condicional, previsto y sancionado en el artículo 296 N°3 del código Penal, toda vez que el día y hora de los hechos de la acusación, una persona amenazó de muerte a Luis Roberto Araya Barraza, amenazas que se encuentran revestidas de seriedad y credibilidad atendidas las características del arma cortopunzante que portaba y la conducta agresiva del imputado, lo que produjo un evidente y fundado temor en las víctimas.

Está así probado que existieron graves, serias y verosímiles amenazas contra el ofendido Luis Araya Barraza dentro de su local comercial, por parte del imputado, consistentes explícitamente en amenazas de muerte, mientras blandía el arma blanca hechiza acompañada en el juicio, como se reseña en el considerando sexto de

este fallo.

" Esta conducta es igualmente susceptible de reproche desde el punto de vista penal, no obstante el agente no tenga pretensión alguna en orden a exigir, condicionar o imponer acciones singulares o determinadas al ofendido. La rudeza de la agresión verbal de que hizo gala el imputado era verosímil y eficazmente respaldada con la contundente arma blanca hechiza referida y que portaba entre sus manos, razón por la que su ocurrencia se hacía seriamente previsible por el imputado.

OCTAVO: Que, si bien es cierto que conforme el artículo 54 del Código Procesal Penal la amenaza constituye un delito de acción pública previa instancia particular, lo que implica jurídicamente que en aquellos no puede procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido hubiere denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía, se estima que en la especie se dio cabal cumplimiento a las referidas exigencias legales, toda vez que existió denuncia por parte de 105 ofendidos al personal policial que llegó al lugar de los hechos acerca del atentado de que hablan sido objeto momentos antes, y es el Tribunal el que está facultado para calificar jurídicamente los mismos, tal como lo ha hecho en autos. Por otra parte, y de cualquier modo, el tribunal también estima que en la especie cabe aún dar aplicación al inciso 4° del artículo 54 Código Procesal Penal, entendiendo que la dinámica de los 8 hechos no permitía a los ofendidos actuar de otro modo como lo hicieron, evento en que el ministerio público se encuentra facultado para actuar de oficio.

NOVENO: Que, respecto del delito de amenaza no condicional que se ha dado por acreditado en autos, el acusado ha tenido participación inmediata y directa, esto es, en calidad de autor, lo cual resulta de los siguientes elementos de prueba: a) declaración

de los afectados Luis Araya Barraza y Ana Luz Cisternas Rojas, quienes vieron al imputado con un machete en la mano amenazando de muerte al primero; b) testimonio de Lidia González Salazar, quien vio al imputado ingresar al local de los ofendidos portando un cuchillo en sus manos y profiriendo insultos; y c) confesión de Cristián Andrés Senzano Godoy, quien expuso en el juicio haber tenido el machete en la mano y haber amenazado de muerte a la citada persona dentro de su negocio.

DECIMO: Que, atendido lo expuesto precedentemente, se ha acogido la posición de la defensa en cuanto sancionar al acusado por el ilícito de amenaza no condicional.

Consecuencialmente, se rechaza la calificación jurídica de los hechos objeto de la acusación efectuada por el Ministerio Público.

UNDECIMO: Que, la declaración de los carabineros Luis Adrián Bustamante Roa, Carlos Toledo Espinoza, Jorge Caneo Fernández, Miguel Ángel Berríos González, la abogada de la fiscalía Catalina Duque, el testigo Daniel López Gómez y la madre *del* acusado Susana Godoy Godoy, quienes depusieron en el juicio acerca de la cadena de la prueba material consistente en el arma blanca, dos botellas de bebidas y un frasco de plástico con dulces en su interior, más una bolsa conteniendo vidrios, constituye una situación que no fue controvertida en el juicio según los alegatos de las partes y declaración del imputado.

Por su parte, la declaración del "padrastró del imputado, Marco Tabilo Vergara, quien expresa que trabaja en la embotelladora Coca Cola Polar S.A. desde el primero de junio de "1993, lo que acredita la defensa, además, con la presentación de su contrato de trabajo, tampoco tiene incidencia en los hechos que se

han dado por acreditados en el juicio.

En cuanto a las fotografías, a los trozos de vidrio y plástico, como asimismo del arma cortopunzante presentadas en el juicio por el Ministerio Público, éstas pruebas no han *sido* controvertidas por las partes. En lo relativo a las especies supuestamente sustraídas, el tribunal ya se hizo cargo de esta circunstancia en el considerando quinto.

DUODECIMO: Que el Tribunal desestimaré la agravante del artículo 12 N 14 alega a por el Ministerio Público," esto es, haber cometido el imputado el delito por el que ahora se le juzga después de haber quebrantado una condena anterior, toda vez que esta última le fue *suspendida* al beneficiársele con la medida alternativa de la remoción condicional de la pena, conforme lo indica el artículo 3 de la ley 18.216, y por tanto, no ha habido en la especie

Cumplimiento efectivo de aquella condena ni pudo, consecuentemente, existir quebrantamiento de la misma.

De otra parte, y aún cuando se diere la hipótesis legal a que la señalada agravante se refiere y conforme lo indica la doctrina- aquella tampoco resulta aplicable conforme lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal, toda vez que en tal caso, el quebrantamiento de condena constituye en sí mismo un delito, sancionado con una pena específica, y no surte efecto como agravante.

En estos términos, la situación referida constituye una infracción diversa, señalada en el artículo 26 de la ley antedicha, como se decide en lo resolutivo de este fallo.

DECIMO TERCERO: Que, tampoco se acogerá la agravante solicitada del artículo 456 bis. " N°5 del Código Penal, esto es, actuar con personas exentas de responsabilidad penal,

según el número 1° del artículo 10 del mismo cuerpo legal, situación que no se da en la *especie*, no habiéndose acreditado haber actuado el imputado con personas afectadas por locura o demencia o que por causas independientes de su voluntad, se hallen privados totalmente de razón, que son las situaciones a que tal norma se refiere.

DECIMOCUARTO: Que, no existiendo circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que ponderar, y pudiendo recorrer el Tribunal en toda su extensión la pena asignada al ilícito para su determinación, se fijará en el monto que se indica en la parte resolutive, considerando, además, para ello, el daño psicológico que los hechos produjeron a la víctima Ana Luz Cisternas Rojas, según los dichos del testigo Claudio de la Fuente presentado por su parte.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 14, 15, 24, 30, 50, 67, 69, y 296 Nc3 del Código Penal; 53, 54, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 343 y 346 del Código Procesal Penal,

SE RESUELVE ;

I.- Que se condena a CRISTIAN ANDRES SENZANO GODOY, ya individualizado, a la pena de TRESCIENTOS UN DÍAS DE PRESIDIO MENOR. EN SU GRADO MINIMO, a la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de amenaza no condicional, hecho perpetrado en Coquimbo el día 19 de diciembre de 2000.

II.- Que, no se concederá beneficios de la Ley 18.216 al imputado, por no existir a su favor los requisitos legales para ello. En consecuencia, el sentenciado deberá cumplir real y efectivamente la pena corporal impuesta, sirviéndole de abono los 98 días que ha

permanecido ininterrumpidamente privado de libertad en esta causa desde el 19 de diciembre de 2000 hasta el 26 de marzo del año 2001, fecha de esta sentencia.

III.- Que atendido el mérito de los antecedentes y constando del juicio que el acusado cometió el delito de esta causa mientras cumplía el beneficio de la remisión condicional de la pena, concedido en los autos rol 24.076-3, del Segundo Juzgado de Letras de Coquimbo, por robo en lugar no habitado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 de la ley 18.216, dicho beneficio debe entenderse revocado por el sólo ministerio de la ley, debiendo en consecuencia cumplir efectivamente la pena allí impuesta, de quinientos cuarenta y un días de *presidio* menor en su grado medio, por lo que, a continuación de la sanción que se le impone en el presente juicio, deberá cumplir aquella, sirviéndole de abono el tiempo que para tales efectos se le consideró en la sentencia referida.

IV.- Cumplidas las penas privativas de libertad señaladas, el sentenciado deberá cumplir, además, con *el* beneficio de la reclusión nocturna que le fuera concedido en el proceso criminal rol N°452 del Tercer Juzgado de Letras de Coquimbo como autor del delito de hurto en perjuicio de Juan Segundo Ugarte Miranda, por hecho ocurrido en la ciudad de Coquimbo el 10 de abril de 1999, en horas de la madrugada, con los abonos que en ella se indican, y que no ha cumplido.

V.- Una vez ejecutoriado este fallo, dése cumplimiento al artículo 468 del Código Procesal Penal, oficiándose a la Contraloría General de la República, al Servicio de Registro Civil y Gendarmería de Chile; a este último servicio, se deberá adjuntar, además, copia de las sentencias definitivas correspondientes a la del Segundo Juzgado del Crimen de Coquimbo, por el delito de robo en lugar no habitado, causa rol N°24.076-99, y del Tercer Juzgado de Letras de Coquimbo, por los delitos de hurto

y hurto falta, causa rol N°452-99.

Lo anterior se resuelve con el voto en contra del Juez Enrique Durán Branchi, quien estuvo por ABSOLVER al imputado de la acusación formulada en su contra, aún por el ilícito de amenaza no condicional, ello, en razón del siguiente razonamiento:

a) Que, en la especie no se ha acreditado la apropiación de cosa mueble ajena con ánimo de lucro ni la intimidación en perjuicio de los ofendidos; a este respecto la intimidación en el robo, puede consistir en amenaza, la cual es específica para éste ilícito, consistente en hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, o impedir la resistencia u oposición a que se quiten;

b) Atendido lo anterior, no se puede recalificar como amenaza no condicional un hecho que se pretende como de robo con intimidación sin afectar el principio de congruencia, toda vez que cubren situaciones de amenazas diferentes y excluyentes, máxime que se refieren a bienes jurídicos distintos;

c) Tal es la independencia entre ambos ilícitos en comento, que la Ley, además, les ha entregado acciones distintas para que el Estado pueda hacer efectiva su pretensión punitiva. En efecto, el robo con intimidación es delito de acción penal pública, y la amenaza no condicional corresponde a los ilícitos penales que la ley procesal llama de acción penal pública previa instancia particular, es decir, de aquellos que requieren para ser promovidos a lo menos denuncia del ofendido respecto dicho delito específico, donde se exprese por la víctima que se han vulnerado su seguridad, bien jurídico protegido por ésta;

d) Por otra parte, y sin perjuicio de lo antes expuesto, este voto de minoría estima que a este respecto tampoco se dan los Supuestos del inciso 4° del artículo 54 del Código Procesal

Penal toda vez que no se ha aportado en el juicio elemento probatorio alguno que permita *concluir* que las víctimas se encontraban en la imposibilidad de a lo menos denunciar la amenaza.

Devuélvase a los ofendidos los dos envases de bebidas y el frasco de caramelos presentados al juicio.

Decomítese el machete acompañado en el juicio, y una vez ejecutoriado el fallo, procédase a su destrucción por el señor administrador de

este Tribunal, dejándose registro de la ejecución de la diligencia en la carpeta de antecedentes de este juicio.

Redactada por el Juez Sr. Enrique Durán Branchi conjuntamente con su voto disidente.

Rol N° 1-2001.

DICTADA POR LOS, SEÑORES JAIME MEZA SAEZ, JORGE FERNÁNDEZ STEVENSON Y ENRIQUE DURÁN BRANCHI .

- En juicio oral, condena a imputado por el delito de robo por sorpresa, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio. Incluye voto disidente que propone condenar por robo con intimidación en grado de frustrado.

Tribunal : Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco.

Resumen:

Ministerio Público formula acusación por el delito de robo con intimidación en contra de imputado que roba dinero y especie de víctima que resulta ser carabinero. Al emprender su huida, el autor es conminado a detenerse por la víctima que dispara al aire con su arma particular. El imputado se detiene y enfrenta a la víctima esgrimiendo un arma blanca. El Tribunal consideró no acreditado el elemento de violencia o intimidación agregando que la desproporción existente entre el arma blanca y el arma de fuego es tal que no puede sostenerse la existencia de la intimidación, por lo que dictó sentencia condenatoria por el delito de robo por sorpresa.

Texto completo.

Temuco, cinco de Abril del año dos mil uno.

VISTOS, OIDO y CONSIDERANDO;

PRIMERO: Que, con fecha 2 de Abril de 2001, ante esta primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Temuco, constituida por el Juez Presidente de la sala Oscar Luis Viñuela Aller y los jueces Juan Ángel Muñoz López y Christian Alfaro Muirhead, se llevó a efecto la Audiencia del juicio Oral relativa a los Autos Rol Interno Número 001/2001, seguidos contra Henry Tirso Herrera Orellana, chileno, nacido el 24 de Julio de 1968, natural de Temuco, RUN N° 11500027-6, domiciliado en Melipeuco 01295 de esta ciudad.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, con domicilio en calle Aldunate N° 51 de esta ciudad. representado por el Fiscal Eugenio Arriagada Spano, acompañado por la Asistente de Fiscalía María Soledad Llorente.

La Defensa del encausado estuvo a cargo de los abogados Fernando Cartes Sepúlveda y María Luz Tatter Acléh en calidad de defensa jurídica particular, con domicilio en calle Bulnes N° 699, oficina 308, de Temuco.

SEGUNDO: Que, la fiscalía de Temuco, formuló acusación en contra de Henry Tirso Herrera Orellana, en calidad de autor del delito de robo con intimidación, previsto y sancionado en el Art. 436 inc. Primero, en relación con los artículos 432 y 433, todos del Código Penal. cometido en Temuco el día 7 de Febrero del año en curso, en horas de la mañana, en perjuicio de Luis Humberto Ruiz Muñoz. En efecto, señala, el día de los hechos el imputado Herrera Orellana interceptó al ofendido cuando este transitaba por calle Balmaceda, de oriente a poniente; y, en los momentos que llegaba a calle Matta, aprovechándose de un descuido de Ruiz Muñoz, le arrebató mediante un zarpazo la suma de \$30.000.- y un par de gafas Ray Ban que éste llevaba en el bolsillo izquierdo de su camisa, resultando destruido como consecuencia de la acción empleada en la comisión del hecho que señala. Luego de lo cual, continúa el Ministerio Público, Herrera se dio a la fuga por calle Matta hacia el norte, a pesar de que la víctima le hizo notar su calidad de funcionario policial, intimándolo a viva voz para que se detuviera. Tanto así, que el ofendido haciendo uso de su arma particular alcanzó a disparar tres tiros al aire. Luego, el acusado extrajo, desde una funda de cuero que

tenía en su cinturón, un objeto metálico con el que intimidó y amenazó a la víctima, empleándolo como arma contra aquél, siendo posteriormente reducido y detenido. En ello fue asistido por el Cabo Segundo Jorge Fernando Fuentes Pérez, de la sección motorizada de la Prefectura de Cautín, de Carabineros de Chile, quien en ese instante llegó al lugar en sus labores normales de patrullaje. El Fiscal expone que perjudica al acusado la agravante de responsabilidad criminal del artículo 12 N° 15 del Código

Penal, esto es, dice, haber sido castigado anteriormente por delito a que la ley señale igual o mayor pena. Como quiera que a su juicio el extracto de filiación y antecedentes prontuarios del imputado registra varias anotaciones, entre ellas haber sido condenado por el Segundo Juzgado del Crimen de esta ciudad, en la causa rol N° 65.838, a cumplir la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y accesorias legales, por haber cometido un robo con intimidación. Finalmente, el Ministerio Público solicita se aplique o imponga al acusado la pena de 15 años de presidio mayor en su grado medio por el delito cuya comisión se le imputa.

TERCERO: Que, la defensa del acusado, solicitó su absolución, en razón que a su juicio no se ha acreditado por el Ministerio Público, de manera suficiente e, incluso, dice, más allá de toda duda razonable, la comisión de los hechos antes señalados. Es más, alega que es, de acuerdo a la ley procesal vigente, de responsabilidad del Ministerio Público, acreditar todos y cada uno de los elementos constitutivos de los ilícitos por los que formula acusación. Por último, señaló que beneficia a su defendido el principio de presunción de inocencia del imputado de conformidad a lo prevenido en el Art. 4 del Código Procesal Penal.

CUARTO: Que, de acuerdo a la prueba rendida en la audiencia del día 2 de Abril del año en curso; y, sin perjuicio de la convención

probatoria de que da cuenta en efecto el auto de apertura de este juicio, en todo caso relativo únicamente a los contenidos del extracto de filiación y antecedentes del acusado, se encuentra acreditado con la prueba testimonial rendida por el Ministerio Público, esto es, con lo que declarara el testigo y ofendido en esta causa Luis Humberto Ruiz Muñoz, que el día de los hechos Henry Tirso Herrera Orellana lo interceptó en los momentos que transitaba por calle Balmaceda, de oriente a poniente, cuando al llegar a calle Matta, aprovechándose de un descuido le arrebató por sorpresa la suma de \$30.000 y un par de gafas Ray Ban que llevara consigo y que guardaba entre sus ropas, concretamente en el bolsillo superior izquierdo de su camisa. A consecuencia de ello, dicha prenda resultó con la pieza indicada descosida, la que al serle exhibida por la fiscalía, fue reconocida como la camisa de color verde claro y manga corta que usara el día de los hechos. Prenda que fue incorporada a la audiencia como evidencia material N°1. Asimismo, conforme lo señalara Ruiz Muñoz, Herrera Orellana se dio inmediatamente a la fuga por Matta hacia el norte no obstante que le hizo saber de manera ostensible su condición de funcionario de Carabineros de Chile, aunque en la ocasión vistiera de civil. Es más, intimó al echor a viva voz para que se detuviera al tiempo que hizo uso de su arma particular, una pistola de 9 mm., alcanzando a disparar tres tiros al aire, antes de reducirlo tras una carrera de alrededor de 40 metros. No obstante lo anterior, Herrera Orellana sacó de entre sus ropas un instrumento metálico que blandió de uno a otro lado en tono amenazante; alcanzando solamente a sacarlo de su funda desabrochada, sin desplegarla en ninguna de sus piezas filosas, instantes previos a que su persecutor, el ofendido, disparara por tercera vez su arma, encañonándolo.

Este elemento que exhibiera la fiscalía durante el juicio, pidió que se le tuviera por incorporado como evidencia N°2 conjuntamente con la funda en la cual portaba el acusado el

aparato metálico multifuncional ya referido, como evidencia material N°2A. Lo propio ocurrió con el reconocimiento que hizo en la audiencia del acusado como autor del ataque de que fuera víctima, haciéndolo constar también en el registro correspondiente.

QUINTO: Que, asimismo, con lo declarado por el testigo Jorge Fernando Fuentes Pérez, 34 años, con domicilio en Claro Solar 1284, funcionario con 14 años de servicio, 7 de los cuales los sirvió en calidad de motorista policial en la ciudad de Santiago, con las mejores calificaciones en su institución, actualmente Sub-Oficial de Carabineros con desempeño en esta ciudad, quedó también acreditado que el día de los hechos Ruiz Muñoz fue objeto de un robo, según expresa el testigo en la audiencia. Incluso, refirió que aquel día llegó al lugar debido a una llamada que recibiera desde la central de comunicaciones de Carabineros, alrededor de las 11.30 horas, en su calidad de motorista que se encontraba patrullando el cuadrante 6, correspondiente precisamente al centro de Temuco, por cuanto se encontraba a cuatro cuadras del lugar donde, se le precisó por radio, se trataba de un robo en ejecución, según dijo. Llegó al lugar en un minuto, ubicando el sitio exacto del suceso por la cantidad de gente que se encontraba agolpada allí. Lo primero que vio fue a un sujeto que tenía reducido en el suelo a otro pidiéndole que completara su aprehensión con las esposas que portara. Así se enteró que la víctima era un colega suyo que andaba de civil, que tenía el bolsillo izquierdo superior de su camisa descosido, encontrándose en el suelo los treinta mil pesos y un par de gafas que el individuo que capturara le había robado a Ruiz Muñoz. Aquél, para evitar ser aprehendido, había arrojado dichas especies al suelo, conjuntamente con un artefacto metálico. Por último, en la audiencia reconoció al hechor, la camisa que se le exhibiera en el estado antes indicado, conjuntamente con el objeto metálico

de marras y la pequeña cartuchera que llevaba sujeta al cinturón, desabrochada, la que señaló de color negro, con visos de color café y de 10 centímetros de largo, 3 y medio de ancho, de un grosor de 1 centímetro y medio.

Lo anterior, sin dejar de recordar que el propio afectado resultó ser un Sub-Oficial de Carabineros con más de 28 años de servicio en su institución, quién se encontraba haciendo uso de su primer día de vacaciones.

SEXTO: Atendida la condición de los testigos que depusieron en la audiencia, siendo uno la víctima directa de la acción desplegada por el actor y encontrándose el ofendido en circunstancias tales que le permitieron apreciar directamente los hechos sobre que declara; y, habiendo actuado el segundo prácticamente en la situación de flagrancia del ilícito sobre el que se extendiera también en ella, este tribunal acoge plenamente el valor de la prueba que sobre estos respectos rindiera el Ministerio Público, como quiera que además las declaraciones de los testigos antes referidos no aparecieron durante la audiencia controvertidas por prueba alguna sobre aquellos.

SEPTIMO: Que, corresponde en esta sentencia hacerse cargo por el tribunal de la procedencia legal de la prueba que ofreciera el Ministerio Público en el auto de apertura de este juicio y que designara, en aquella instancia, como documental; reiterando su petición en orden a que se la admitiera durante la audiencia, desestimándola el tribunal en el acto de ésta conforme lo señalan los arts. 331, 332 y 334 del C. P. P. Esta la hizo consistir en la declaración del acusado prestada en la audiencia de formalización de la instrucción ante el juez de garantía que correspondiera en la oportunidad debida. En efecto, de conformidad con los principios y normas específicas del Código Procesal Penal, correspondió su rechazo toda vez que dicha declaración, no obstante su certificación con la

que fuera acompañada al auto respectivo por funcionario llamado por la ley a efectuarla, no reviste el carácter propiamente de documento alguno, a lo sumo debió tratársela por la fiscalía como una minuta recogida de la investigación por ella desarrollada a los efectos de su posible contrastación con lo que señalara el acusado ante una eventual diligencia de contra interrogación; y, siempre que procediere de acuerdo a la decisión que en el diseño de su estrategia hiciera la defensa. Como quiera que el acusado no intervino durante la audiencia, la fiscalía no pudo en caso alguno referirse a las declaraciones de éste en la etapa previa al juicio ventilado en ella. Así queda de manifiesto de la sola lectura de los artículos 44, 93 letra g), 97, 98, 191, 193, 194, 227, 232, 275, 280, 331, 332, y 334, todos del Código Procesal Penal.

OCTAVO: Que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 341, inc. segundo del Código Procesal Penal, el tribunal invitó a las partes a abrir debate respecto a la posibilidad o procedencia de una calificación jurídica distinta de los hechos contenidos en la acusación, reiterando en tal oportunidad el Ministerio Público que aquellos en todo caso configuraban el delito de robo con intimidación. por los fundamentos que ya antes diera durante el desarrollo de la audiencia. A su turno, la defensa expresó que a su parecer los antecedentes allegados al juicio son insuficientes para dar por acreditado cualquier delito contra la propiedad, pero no obstante, estima, el accionar que se le pretende atribuir a su defendido se acerca mucho más a la figura del robo por sorpresa que a aquella constitutiva de robo con intimidación.

NOVENO: Que, desestimando la petición de absolución de la defensa; y, de conformidad a lo precedentemente razonado corresponde tener por acreditado de manera suficiente en esta sentencia el delito de robo por sorpresa tipificado en el Art. 436 inciso segundo, en relación con el Art. 432, ambos del

Código Criminal, toda vez que existió apropiación de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro. Radicando la sorpresa, de acuerdo a como lo sostiene el profesor don Mario Garrido Montt, en la posición de desaprensión en que se encontraba la víctima, lo que le impidió proteger sus pertenencias en el momento en que le fueron arrebatadas, posición que el delincuente simplemente se limitó a aprovechar. Dicha figura jurídico penal resulta sancionada con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo; perpetrado en calidad de autor por el acusado, en grado de consumado. Ello, toda vez que el disvalor de la acción, como la propia conducta del acusado, en su específica modalidad según lo exige el tipo, se llevaron a cabo completamente cuando la víctima atravesaba la calzada; y, como quiera que el elemento violencia o intimidación en las personas contenido en la norma del Art. 436 no se ha acreditado durante la audiencia de este juicio y según lo ofreciera hacer en ella el Ministerio Público. Es más, según se ha razonado en los motivos precedentes, la actitud de violencia o intimidación en las personas que hubiere podido observarse como desplegada por el acusado en los hechos de la causa; ésta, corresponde más bien a una natural y espontánea reacción defensiva de su parte ante una inminente captura de que fuere objeto por el accionar del ofendido, quién además se identificó rápidamente, y de manera tal que no le cupiera duda alguna al hechor, de su condición de policía de carabineros, disparando nada menos que tres tiros al aire cuando se disponía, precisamente, a su captura o reducción. La mentada arma blanca que blandiera el acusado en la ocasión ya señalada, exhibida en la audiencia, se aprecia como un cortaplumas tipo multiuso, inocuo a los fines que la fiscalía le atribuye, sobre todo claramente de carácter inoperante frente al empleo de la pistola de 9mm. de que hizo uso el ofendido en su acción persecutoria del acusado. Es más, el instrumento metálico

conforme quedó de manifiesto en la audiencia. no fue nunca abierto o desplegado por el actor al momento de intentar su repulsa frente a la contundente arma de fuego del ofendido. Con ello en suma, no puede darse por establecido el elemento del tipo penal a que se refiere la fiscalía, o sea que la violencia o intimidación haya tenido lugar para favorecer la impunidad del robo según lo alega aquella. La desproporción manifiesta entre uno y otro elemento obsta a la calificación de estos hechos como robo con violencia o intimidación conforme lo formulara en su acusación el Ministerio Público.

DECIMO: Que, de acuerdo a lo que señalara en la audiencia la defensa del imputado, amén de lo que conviniera en el orden probatorio sobre estos respectos con el Ministerio Público, no afecta al acusado agravante alguna de aquellas consideradas propias y relativas a la conducta anterior del procesado, esto es, en la especie, la del N°15 del Art. 12 Código Penal, habida consideración de lo que se hizo constar de la lectura del extracto de antecedentes criminales en cuanto se refiere al expediente de esta clase consistente en la causa rol N° 65.838, del Segundo Juzgado del Crimen de Temuco, vale decir que los hechos que dieron lugar a dicho proceso y que culminaran con la dictación de la sentencia de 5 de Enero de 1988, ocurrieron al menos durante los últimos meses del año 1987, razón por la que de acuerdo, además, con lo señalado en el Art. 104 del Código Penal, dicha circunstancia modificatoria de la responsabilidad criminal se encuentra ampliamente prescrita.

UNDÉCIMO: Que, habiéndose tipificado los hechos como constitutivos del delito de robo por sorpresa, perpetrados en calidad de autor por el acusado, en grado de consumado; y, no existiendo, además, ninguna circunstancia modificatoria que considerar a su respecto, conforme ha quedado ya antes

establecido, corresponde a estos sentenciadores aplicar la pena recorriendo en toda su extensión aquella que le señala la ley al tipo penal de que se trata, según así lo ordena el Art. 68 del Código del Ramo, facultad de la que hará uso este tribunal imponiéndola, atendida las circunstancias del hecho y naturaleza de la acción del acusado, en la parte superior del mínimo de los grados con que la ley la sanciona.

DUODÉCIMO: Que, en esta causa se ha valorado la prueba rendida por las partes de acuerdo a las reglas contenidas en el Código Procesal Penal vigente para esta jurisdicción, en su Art. 297, en relación con lo prescrito en el Art. 484, del mismo cuerpo legal, esto es, de conformidad con las reglas de lo que se ha convenido en llamar la sana crítica, entendiéndose por el tribunal derogado el Art. 59 de la ley 11.625 que ordenaba, para esta clase de ilícitos penales, su apreciación en conciencia.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los Arts. 1, 4, 37, 45, 47, 275, 295, 296, 297, 309, 334, 340, 341, 342, 343, 344, 346, y 348 del Código Procesal Penal; y, lo señalado en los Arts. 1, 7, 14, 15, 24, 30, 50, 68, 69, 104, 432 y 436 inc. 2do. del Código Penal, amén de las disposiciones antes expresadas en el cuerpo de esta sentencia y lo prescrito en 1a ley N° 18.216 y su reglamento, RESUELVE: I.- Que, se condena al acusado Henry Tirso Herrera Orellana, ya individualizado, a cumplir la pena de Tres años de presidio menor en su grado medio y a las accesorias de suspensión de cargo u oficio públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de robo por sorpresa perpetrado el 7 de Febrero de 2001 en esta ciudad, en perjuicio de Luis Humberto Ruiz Muñoz;

II.-Que, la pena corporal impuesta se le empezará a contar al sentenciado desde la fecha de su detención. esto es, desde el 7 de Febrero de 2001, fecha desde la cual se

encuentra ininterrumpidamente privado de su libertad en esta causa, conforme consta del auto de apertura de acuerdo al cual se dio inicio a la audiencia de este juicio; y,

III.-Que, por no ser precedente de acuerdo a la ley, no se concede al sentenciado beneficio alguno sustitutivo de la sanción corporal antes impuesta de conformidad con lo señalado en la ley 18216 y su reglamento; y,

IV.-Que, ejecutoriada la presente sentencia, dése cumplimiento al Art.468 del Código Procesal Penal, oficiándose a la Contraloría General de la República, Servicio de Registro Civil e Identificación y al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Temuco, a quién se le deberá adjuntar copia del fallo con el atestado de hallarse firme. Devuélvanse las especies a que se refiere esta sentencia y que se incorporaran como evidencias 1, 2 y 2A.

Se previene que el juez Juan Ángel Muñoz concurre al fallo de condena del acusado Herrera Orellana, pero estimando que los hechos por los cuales se le sancionará han de ser calificados como constitutivos del delito de robo con intimidación. en grado de frustrado, en atención a las siguientes consideraciones:

a.- Que, establecido como está precedentemente dicho, que luego de efectuado el apoderamiento de las especies por el hechor mediante un sorpresivo zarpazo dirigido al bolsillo superior izquierdo de la camisa de la víctima, se produjo la huida del acusado Henry Herrera Orellana, de 32 años, mientras lo perseguía el ofendido Luis Ruiz Muñoz, de 53 años de edad, quien nunca lo perdió de vista en ella;

b.- Que. durante dicha huida, el ofendido Ruiz Muñoz explicitó verbalmente su condición de funcionario policial y efectuó dos disparos al aire, sin que ello fuera suficiente para hacer que el hechor se rindiera a su perseguidor;

c.- Que, en ese instante el hechor detuvo su huida y se volteó enfrentando a la víctima que lo perseguía, esgrimiendo allí un implemento metálico multiuso, potencialmente

idóneo para emplearse como arma, que examinado en la audiencia del juicio al ser desplegado demostró contenía unas tijeras, un cortaplumas con una hoja de unos 7 centímetros y una lima, implemento que extendido completamente tenía un largo de unos 30 centímetros. Con tal implemento -relató y demostró la víctima en la audiencia - el acusado hizo dos ademanes propios de una agresión, ya que lo movió enérgicamente de derecha a izquierda a escasa distancia de la víctima que lo perseguía;

d.- Que, dicha conducta, inmediatamente sucesiva al apoderamiento de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucro, y realizada durante el intento de huida del hechor, satisface en concepto del disidente las exigencias del artículo 433 inciso 1º del Código Penal en cuanto a que el acusado se valió de intimidación -en los términos del artículo 439 de dicho cuerpo legal- después de cometida la sustracción "para favorecer su impunidad", toda vez que esgrimiendo un instrumento metálico multiuso potencialmente idóneo para emplearse como arma, mediante la amenaza de un mal (daño, maltrato o lesión corporal) se oponía a la captura por parte de la víctima que lo perseguía. oposición en definitiva infructuosa.

En atención a lo anterior y a que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 450 del Código Penal, el señalado delito de robo con intimidación ha de castigarse como consumado desde que se encuentre en grado de tentativa, y no concurriendo en la especie circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal de Henry Tirso Herrera Orellana, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 68 del señalado cuerpo legal, puede recorrerse la pena en toda su extensión, por lo que el disidente fue de parecer de imponerla en su mínimo fijándola en cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo más las accesorias legales, y al comiso del arma empleada. dada la condición de autor en el delito precedentemente descrito.

Redactada por el Juez Christian Alfaro Muirhead; y, la prevención, por su autor.

Regístrese; Comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Temuco a los efectos de su cumplimiento. debiéndose poner a su disposición al sentenciado. Hecho, Archívese.

Rol Único N° 100005969-9

Rol Interno N° 001/2001

Pronunciada por los Jueces de la Primera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco, Oscar Luis Viñuela Aller, Presidente, Juan Ángel Muñoz López; y, Christian Alfaro Mulirhead. Da fe doña Pilar Hermosilla Calle, Jefe Unidad de Administración de Causas.

- **Condena a imputados, en juicio oral, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, por el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación.**

Tribunal : Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena.

Resumen:

El Ministerio público formuló acusación por el delito de robo con fuerza en las cosas, alegando la procedencia de las atenuantes de "ser dos o más los malhechores" (art. 456 bis N° 3 C.P.), de "aumentar deliberadamente el delito causando otros males innecesarios para su ejecución" y "ejecutarlo de noche o en despoblado" (Art. 12 N°s. 4 y 12). Por su parte, la defensa alega la atenuante de "irreprochable conducta anterior". El tribunal acoge la atenuante invocada por considerar suficiente para ello la ausencia de anotaciones prontuariales en un caso, y en el otro, por estimar que la anotación de un auto de procesamiento en una causa en que no se ha dictado sentencia definitiva resulta insuficiente para desecharla; acoge también la agravante de ser dos o más los malhechores y rechaza las restantes. A este respecto considera que los autores no buscaron especialmente el amparo de la oscuridad para cometer el delito (agrega que el lugar contaba con buena iluminación) y que los daños adicionales provocados en el inmueble constituyen un delito en sí mismos (no una agravante) que no fue materia de la acusación; en definitiva, condena a los imputados a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

Texto completo:

La Serena, siete de abril de dos mil uno.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, con domicilio en calle Doctor Marín n° 302 de Coquimbo, representado por los fiscales Iván Millán Gutiérrez y Rodrigo De La Barra Causiño.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha dos de abril de dos mil uno, ante esta segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, constituida por la Juez Presidente de la Sala Liliana Mera Muñoz y las jueces Caroline Turner González y María del Rosario Lavín Valdés, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de los autos rol n° 2-2001, seguidos contra CRISTIAN SEBASTIAN PACHA ROBLES, chileno, soltero, nacido el 21 de febrero de 1982, cédula de identidad n° 15.000.998-7, sin oficio, domiciliado en calle Fernando Carreño n° 479, Sindempart, Coquimbo; y NELSON JAVIER ARAYA VILLEGAS, chileno, soltero, estudiante, nacido el 12 de septiembre de 1982, cédula de identidad n° 15.055.404-7, domiciliado en calle Ecuador n° 882, San Juan, Coquimbo.

La defensa del encausado Cristián Sebastián Pacha Robles estuvo a cargo de la abogado Inés Rojas Varas y la del encausado Nelson Javier Araya Villegas del abogado Leonardo Díaz Valencia, ambos de la Defensoría Penal Pública de Coquimbo.

SEGUNDO: Que los hechos que han sido objeto de la acusación del Ministerio Público, tuvieron lugar el día 21 de diciembre pasado cerca de las 5:00 horas de la madrugada, en el domicilio de Nelson Ubillo Ubillo, ubicado en calle Los Pimientos n° 1250 Sindempart, Coquimbo, en circunstancias que los imputados habrían ingresado a éste mediante escalamiento de una pandereta y mediante fractura de una protección y vidrios de una ventana y tras sacar la puerta de entrada a la cocina, sustrajeron diversas especies de

propiedad de la víctima y causaron diversos daños al interior del domicilio.

TERCERO: Que la defensa de Cristián Sebastián Pacha Robles alega la inocencia de su representado, señalando que éste se encontraba en el lugar equivocado, invitado a una fiesta que allí se celebraba y en donde permaneció no más de cinco minutos en el patio, huyendo por miedo a que lo involucraran en un delito. Por su parte la defensa de Nelson Javier Araya Villegas, alega igualmente la inocencia de su defendido, señalando que en la madrugada del día de los hechos pasó por la casa del ofendido en donde había luces y se escuchaba música, siendo invitado a pasar por un individuo permaneciendo en el lugar no más de tres o cuatro minutos, hasta que fue avisado por un sujeto que venía Carabineros, ante lo cual saltó la pandereta cayendo en un patio vecino.

CUARTO: Que la fuerza empleada en la comisión del delito para ingresar al inmueble, ha quedado establecida con el testimonio de Ricardo Arroyo Gárate, vecino del ofendido, quien señaló que luego de dar aviso a Carabineros que algo sucedía en la casa vecina, concurrió a ésta, observando que la puerta de la cocina había sido desmontada, como asimismo la protección metálica de la ventana y su marco estaba torcido, reconociendo la fotografía que la fiscalía le exhibe, demostrativa de tal situación; las versiones de los Carabineros Fernando Cerda Díaz, Jaime Camps Martínez y Francis Van Rysseghem, quienes están contestes al señalar que al ingresar a la casa por la parte posterior, vieron que la puerta de la cocina estaba fuera de su marco, sin los pasadores y la reja de protección de la ventana de dicha habitación en el suelo y forzada, agregando que cerca de la puerta de la cocina se encontraban un chuzo y unas tijeras *de podar* que tienen marcas de pintura blanca y ladrillo,

producto de la fuerza ejercida en la protección de la ventana, herramientas que reconocen al serles exhibidas por la fiscalía; el set de fotografías exhibidas en la audiencia por el Ministerio Público, que muestran los destrozos descritos por los testigos, en el inmueble al momento de llegar al lugar la Policía; los dichos del testigo Nelson Ubillo Ubillo, propietario del inmueble en que ocurrieron los hechos, quien declaró que éste quedó totalmente cerrado antes de viajar a la ciudad de La Calera, que las ventanas tenían protecciones metálicas y al volver encontró la correspondiente a la ventana de la cocina en el suelo, los vidrios quebrados y, el marco de la puerta deformado, además de diversas especies de su dominio apiladas dentro de la casa y al lado de la pandereta en el patio; y, finalmente con la declaración de la testigo Sandra Cabrera Cabrera, cónyuge del anterior, quien declaró en igual sentido que aquél, acreditándose de esta forma además, la preexistencia y dominio de las especies .

QUINTO: Que ha quedado fehacientemente establecido el ánimo de apropiación de las especies, con fines de lucro, con los testimonios de Fernando Cerda Díaz, Jaime Camps Martínez, Francis Van Rysseghem, quienes relatan haber constatado al ingresar a la propiedad el día de los hechos, que había una gran cantidad de especies tales como televisor, electrodomésticos, víveres, adornos, vestuario y bicicletas, entre otros, dentro de la propiedad de Nelson Ubillo Ubillo, tanto en el interior de la casa como junto a la pandereta, envueltos en bolsos y ropa de cama, listas para ser sacadas de la esfera de su custodia, en contra de la voluntad de sus dueños, ya que como ellos exponen, salieron de la ciudad el día 19 de diciembre, dejando las cosas en su lugar y la casa totalmente cerrada; y con los dichos de Ricardo Arroyo Gárate, quien relata haber visto varios bolsos en el inmueble, aún cuando no vio su contenido.

SEXTO: Que las pruebas antes analizadas acreditan que el día 21 de diciembre de 2000 terceros ingresaron mediante escalamiento, en la propiedad de Nelson Ubillo Ubillo ubicada en calle Los Pimientos no 1250 Sindempart, Coquimbo, tomaron diversas especies muebles que recopilaron en bolsos y ropa de cama, sacando gran parte de ellas al patio del inmueble, no logrando su sustracción atendida la intervención policial hecho que es constitutivo del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, previsto y sancionado en el artículo 440 n° 1 del Código Penal, en grado de frustrado.

SÉPTIMO: Que la participación de los acusados se encuentra establecida con los dichos de los funcionarios policiales Fernando Cerda, Francis Van Rysenghem y Jaime Camps, además de sus propias declaraciones en cuanto reconocieron que estaban en el lugar de los hechos e intentaron huir al constatar la presencia policial, lugar donde se encontraba una gran cantidad de especies listas para ser sacadas del inmueble, desestimándose la teoría de la defensa en orden a que el ingreso y permanencia de sus representados en el domicilio de los afectados, respondía a la celebración de una fiesta en la que aquellos participaban junto a otras personas y, desestimándose asimismo la versión de los acusados Pacha Robles y Araya Villegas, en cuanto señalan que solo pasaban por ese domicilio, a las 4:30 horas el primero, ya las 5 horas el segundo, siendo invitados al antejardín por unos individuos a los que no conocían; atendido lo expresado por los testigos Ricardo Arroyo Gárate y los carabineros Cerda y Van Rysenghem, los que señalaron siempre al Tribunal que en el lugar había sólo entre dos a cuatro personas, no se escuchaba música, agregando los dos funcionarios policiales que no había tampoco indicios de consumo de alcohol.

Es decir, todos los testimonios son coincidentes al señalar que eran a lo mas cuatro los sujetos que se encontraban en el lugar al momento de llegar Carabineros, explicándose el ruido y voces que relató haber oído el testigo Arroyo, con el provocado al buscar y recopilar las especies, considerando la gran cantidad de éstas encontradas en el lugar y, que los autores se aprestaban a trasladar o sacar fuera de la propiedad.

No resulta lógico creer que mientras unos individuos perpetraban un delito, invitaran a desconocidos a pasar al antejardín en donde tenían una gran superficie del patio lateral ocupada con las especies que pretendían sustraer.

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo a los propios dichos de los acusados, al reconocer que estuvieron en el patio de la casa les cabría, en todo caso, participación de autor en el delito en la hipótesis del artículo 15 n° 3 del Código Penal, ya que de acuerdo a las versiones de todos los testigos que declararon en la audiencia, los hechos no pudieron menos que ver la gran cantidad de especies esparcidas en el patio, hecho además reconocido por Pacha Robles, con lo que se da el presupuesto legal del concierto, al haber presenciado tal situación, sin evitar la comisión del delito, permaneciendo en el lugar.

OCTAVO: Que la argumentación de la defensa, en apoyo de su tesis, sobre el hecho de no haberse encontrado en los acusados restos de pintura spray en sus manos y ropas con las que supuestamente habrían pintado las murallas de la casa con consignas y garabatos, en nada altera lo concluido anteriormente ya que ello puede explicarse por el hecho de haber sido cuatro los sujetos que se encontraban en el lugar al llegar la

Policía, de los cuales tres fueron detenidos y uno escapó, desconociéndose si llevaba las manos y ropa pintadas.

Que a igual conclusión se arriba respecto de la argumentación de la defensa en orden a que la propietaria del inmueble, según sus propios dichos, constató que le faltaban especies, las que no fueron recuperadas. En efecto, sólo ella hace mención a esta situación, no así su cónyuge, quien declaró latamente en la audiencia, por lo que este Tribunal estima insuficiente sus solos dichos para dar por acreditado tal hecho. En todo caso aún cuando éstas faltaran, debe tenerse presente que la casa estuvo abierta, sin la puerta posterior desde que sucedieron los hechos en la madrugada del 21 de diciembre pasado, hasta la tarde del mismo día, cuando llegaron sus moradores, por lo que incluso podría ser atribuible dicha sustracción, si es que la hubo, a un hecho distinto del que nos ocupa.

NOVENO: Que se acogerá la agravante de responsabilidad penal invocada por la fiscalía respecto de ambos encausados, establecida en el artículo 456 bis n° 3 del Código Penal, esto es, ser dos o mas los malhechores al haber quedado establecido que los acusados se encontraban juntos en el lugar de la comisión del delito, no compartiendo este Tribunal la alegación de las defensas en el sentido de que no puede aplicarse la agravante a quien delinque por primera vez, ya que no serían "malhechores", puesto que la restricción del concepto que la defensa propone, no encuentra sustento en la ley, que por el contrario busca agravar la conducta cuando intervienen varios hechores por el peligro potencial que existe para las víctimas, que en nada cambia si éstos "tienen antecedentes penales previos.

DECIMO: Que las agravantes del artículo 12 n° 4 y 12 del Código Penal invocadas por

la fiscalía, esto es, aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución y, ejecutar el delito de noche o en despoblado, serán desestimadas, puesto que si bien se acreditaron los daños en las murallas interiores del domicilio del ofendido por el delito, con los dicho de los testigos y las fotografías tomadas por el ofendido y exhibidas en la audiencia, éstos son independientes de los daños necesarios para ingresar al inmueble que constituyen escalamiento, por lo que son constitutivos de un delito diferente que no fue señalado en la acusación, como es el de daños.

Por otro lado, si bien consta que el hecho ocurrió de noche cuando aún no había luz solar, no se acreditó que dicha situación haya sido buscada especialmente por los hechores, es mas, de acuerdo a los testimonios prestados en la audiencia, se desprende que existía una buena iluminación artificial frente al inmueble, proveniente del alumbrado público.

UNDECIMO: Que se acogerá la atenuante invocada por las defensas respecto de sus representados, del artículo 11 n° 6 del Código Penal, esto es su irreprochable conducta anterior, desechándose las argumentaciones de la fiscalía en orden a que Pacha Robles no está exento de anotaciones prontuariales pues presenta un auto de procesamiento del Segundo Juzgado de Letras de Coquimbo, por el delito de robo en bienes nacionales de uso público cometido el año 2000 y que, a Araya Villegas no le avalan testimonios de su buena conducta anterior, teniendo para ello presente que sus extractos de filiación, introducidos en el juicio por la fiscalía, no contienen, en el caso de Pacha Robles otras anotaciones que la recién mencionada, causa en la que no ha recaído sentencia condenatoria y en consecuencia no puede ser tomada en consideración, y en el

caso de Araya Villegas, este tribunal considera que el solo extracto de filiación, sin anotaciones penales, es suficiente para tener por acreditada su irreprochable conducta anterior. Solo resta señalar a este respecto, que los informes presentenciales introducidos en la audiencia de determinación de la pena, en nada alteran lo razonado precedentemente.

DUODECIMO: Que en la audiencia para determinación de la pena, las defensas de los acusados alegaron que, tratándose de un delito perpetrado en grado de frustrado, debe imponerse una pena inferior en un grado a la que corresponde respecto del delito consumado, puesto que si bien el artículo 450 del código Penal señala que este delito se castiga como consumado desde que se encuentra en grado de tentativa, éste estaría tácitamente derogado por el artículo 19 n° 3 de la Constitución Política de la República, criterio que este Tribunal no comparte pues para considerar derogada la disposición señalada habría que partir del supuesto que ese artículo contiene una descripción típica estimada incompleta como sugieren las defensas, supuesto que no concurre en la especie. En efecto, lo único que hace el artículo 450 del Código Penal es alterar la regla general de la penalidad de la tentativa y el delito frustrado contenida en los artículos 51 y 52 del mismo texto legal. Si el legislador pudo en esos dos artículos fijar una regla base para determinar la penalidad de los delitos imperfectos, pudo también, como lo hizo, disponer que la tentativa o el delito frustrado en determinados ilícitos no provocaran una reducción de la pena. Es decir, el artículo en mención no contiene ningún tipo especial de delito que se denomine "robo frustrado" o "robo tentado" sino que, reconociendo en forma expresa las etapas intermedias a que se refiere el artículo 7 del Código Penal, solo entrega una regla especial para su penalidad en determinados

ilícitos, equiparando la pena con la del delito consumado.

En suma, el legislador solo modificó otro precepto legal, sin que la Constitución vigente se oponga en norma alguna a tal procedimiento.

DECIMO TERCERO: Que perjudicando a los encausados la agravante de pluralidad de malhechores y beneficiándoles la atenuante de su irreprochable conducta anterior, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 67 inciso 1° del Código Penal, efectuada la compensación de ambas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, se podrá recorrer la pena en toda su extensión.

Y Visto además lo dispuesto en los artículos 1, 7, 11 n° 6, 14, 15, 18, 25, 28, 50, 67, 432, 440 n° 1, 450, y 456 bis n° 3 del Código Penal; 295, 297, 325 y siguientes, 342, 348 y 468 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Que se condena a **CRISTIAN SEBASTIAN PACHA ROBLES** y **NELSON JAVIER ARAYA VILLEGAS**, ya individualizados, a sufrir cada uno de ellos la pena de **CINCO AÑOS** y **UN DIA** de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y, al pago solidario de las costas de la causa, como autores del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, en grado de frustrado, en perjuicio de Nelson Ubillo Ubillo, perpetrado en la ciudad de Coquimbo el 21 de diciembre de 2000.

II.- Que no reuniéndose en la especie los requisitos establecidos en la Ley 18.216, atendida la cuantía de la pena impuesta, no se concede a los sentenciados ninguno de los beneficios que dicha ley establece, debiendo

en consecuencia cumplir efectivamente la pena privativa de libertad que les ha sido impuesta, sirviéndoles de abono el tiempo que han permanecido ininterrumpidamente privados de libertad desde el 21 de diciembre de 2000, según se señala en el auto de apertura que dio origen a este juicio oral.

III.- Ejecutoriada que sea esta sentencia, dése cumplimiento al artículo 468 del Código Procesal Penal y, en su oportunidad remítase copia de ésta al segundo Juzgado de Letras de Coquimbo.

Se previene que la Juez Liliana Mera Muñoz estuvo por estimar que el delito de autos se encuentra en grado de tentativa y no de frustrado, pues para que un delito se considere frustrado, los hechos deben desarrollar todos los actos necesarios para consumar el hecho y por motivos ajenos a su voluntad, éste no se produce, lo que no ocurrió en este caso, desde que los acusados sólo alcanzaron a realizar parte de la actividad necesaria para lograr el hecho típico, teniendo que interrumpir su acción por razones ajenas a su voluntad, como lo fue la intervención policial, no alcanzando a sacar las especies desde el interior de la propiedad del ofendido.

Regístrese.

Redactada por la Juez María del Rosario Lavín Valdés y la prevención por la Juez Liliana Mera Muñoz.

Rol: 2-2001

CORTE DE APELACIONES

- **Revoca sobreseimiento definitivo decretado por el juez de garantía en virtud que habiéndose vencido el plazo de investigación el fiscal no presentó acusación dentro de 10 días.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena

Resumen:

El juez de garantía fijó el plazo de 15 días para que el fiscal cerrara la investigación. Transcurrido este plazo, y no habiéndose presentado acusación por parte del Ministerio Público, el juez, de oficio citó a audiencia y decretó el sobreseimiento definitivo de la causa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 del Código Procesal Penal. El Ministerio Público apeló de esta resolución señalando entre otros argumentos que la fiscalía no fue consultada, en su oportunidad, acerca del plazo que requería para cerrar la investigación y que el plazo por el que fue consultado decía relación con el término necesario para fundamentar la prisión preventiva.

Texto completo:

La Serena, trece de Marzo de dos mil uno.

causa.

Siendo las 10:40 hrs. Ante esta Itma. Corte de Apelaciones, se lleva a efecto la audiencia de apelación con asistencia del Ministerio Público representado por don Rodrigo Flores Luna y la Defensoría Penal Pública representada por doña Tatiana Barrientos Alberch.

El recurrente reitera verbalmente los fundamentos y peticiones del recurso que rola a fojas 105 de estos antecedentes y hace hincapié en el hecho de no ser efectivo que la Fiscalía fue consultada sobre el plazo requerido para cerrar la investigación, lo consultado decía relación con el término necesario para fundamentar la prisión preventiva. Por lo demás se trata de una investigación compleja que requiere de mayor plazo para su desarrollo.

Concedida la palabra a la Defensoría Penal Pública, solicita la confirmación de la resolución que sobresee definitivamente la

La apelación carece de fundamento legal toda vez que el sobreseimiento definitivo se dictó conforme a lo prescrito en el artículo 247 inciso 3° del Código Procesal Penal en relación al artículo 234 del mismo cuerpo legal.

Por lo demás, el plazo de cierre de la investigación ha sido discutido en tres oportunidades diferentes donde las partes han expuesto lo concerniente a sus derechos.

Además, la Fiscalía no ha podido acreditar en forma alguna la participación de su defendido e incluso en diligencia de reconocimiento ni siquiera el ofendido pudo reconocerlo.

Por estas razones lo que la Fiscalía pretende mantener la investigación abierta permanentemente.

Consultado el Sr. Fiscal por el Tribunal acerca del plazo que requiere para el desarrollo de la investigación éste reitera lo ya expresado pero no indica concretamente un plazo.

El tribunal decreta suspender la audiencia por 10 minutos para deliberar y resolver.

Previo deliberación el Tribunal en conformidad a lo prescrito en el artículo 358 inciso final del Código Procesal Penal, decide diferir el pronunciamiento de la sentencia para el día Lunes 19 del actual, a las 09:00 horas.

Se levanta el acta de lo obrado y previa lectura se firma por el Tribunal y los comparecientes, siendo autorizada por la señora receptora que actúa como ministro de fe.

Comuníquese.
Rol N° 16 (jg)

La Serena, diecinueve de marzo de dos mil uno.

Siendo las 9:15 hrs., ante esta Corte de Apelaciones, se lleva a efecto la audiencia decretada en esta causa, con la asistencia del Ministerio Público, representado por Rodrigo Flores Luna, y la Defensoría Penal Pública, Representada por doña Tatiana Barrientos Albrecht, con el objeto de dar a conocer a los comparecientes la resolución de esta Corte recaída en el recurso de apelación deducido a fojas 105, de la que se procede a dar lectura, siendo su tenor el siguiente:

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

1°) Que el artículo 247 del Código Procesal Penal, disposición en que el juez basó el sobreseimiento definitivo, lo obliga a dictar tal resolución siempre que concurren las siguientes condiciones: a) que haya transcurrido

el plazo legal (dos años) o el plazo judicial fijado de conformidad con el artículo 234 del Código citado, sin que el Fiscal haya declarado cerrada la investigación; b) que el imputado o el querellante solicite al juez que se aperciba al Fiscal para que proceda a tal cierre, y c) que citados los intervinientes a una audiencia el Fiscal no comparezca o se niegue a declarar cerrada la investigación.

2°) Que si bien aparece claro el cumplimiento de las condiciones señaladas en las letras b) y c), es preciso ahondar más en cuanto a requisito relativo al plazo de la investigación. De los antecedentes del proceso consta que el Juez de Garantía, en resolución de fecha 3 de febrero último (fojas 66), fijó para el cierre de la investigación un plazo de 15 días a contar de la fecha de la citada resolución, fundado en lo que dispone el artículo 234 del Código Procesal Penal, pero sin considerar los requisitos que la citada norma establece, cuya observancia es indispensable para que pueda tener aplicación el artículo 247 del Código Procesal Penal, que se invocó como fundamento del sobreseimiento. En efecto, esta norma legal, lejos de entregar al juez una facultad discrecional, condiciona su aplicación exigiendo que la fijación de un plazo inferior al legal (dos años), para el cierre de la investigación, debe ser considerada por el juez como necesaria con el fin de cautelar las garantías de los intervinientes "y siempre que las características de la investigación lo permitieren".

3°) Que además de la norma general del artículo 36 del Código Procesal Penal, que obliga al tribunal a fundamentar las resoluciones que dicte la exigencia comentada en el considerando que antecede, equivale a una reiteración específica de dicha obligación, en cumplimiento de la cual debe el juez explicitar, por una parte, cuales son las garantías que pretende cautelar y, por otra parte, y en especial, cuáles son las características o particularidades de la investigación que, a su juicio, permitan que ésta

pueda llevarse a cabo dentro de un plazo inferior al legal. A este respecto debe subrayarse que la fijación de plazo por parte del juez siempre debe entenderse en el sentido de que debe ser razonablemente extenso como para permitir completar la investigación, atendida la complejidad de los hechos, el número de imputados, la cantidad de delitos y su gravedad, la existencia de delitos conexos, y otras circunstancias que puedan razonablemente influir en la duración de la investigación. Entenderlo de otro modo, significaría perder de vista el objetivo del proceso penal y dar lugar a una arbitrariedad que la ley ha querido evitar al condicionar la decisión del juez en la forma comentada.

4°) Que de lo expresado se concluye que la resolución del juez de garantía que fijó el plazo de 15 días para el cierre de la investigación, por carecer de los fundamentos exigidos por el citado artículo 234, resulta improcedente, y no puede, por ello, a juicio de esta corte, servir de fundamento al sobreseimiento definitivo decretado en esta causa en aplicación del artículo 247, razón por la cual procederá su revocación.

5°) Que en otro orden de ideas, el plazo de 15 días, antes referido, tampoco se compadece de manera alguna con los antecedentes del proceso, ni con la aceptación parcial, expresada por la defensa del imputado en la audiencia de 19 de febrero último (fojas 91), en la cual, pronunciándose sobre la prórroga de plazo solicitada por el Ministerio Público, estuvo dispuesta a allanarse a un plazo de tres meses, pareciendo oportuno agregar que en la denegación de dicha prórroga el tribunal a que incurre en el error de sostener que el Fiscal habría solicitado 10 días para cerrar la investigación, en circunstancias que dicho plazo, según consta en el acta de la audiencia respectiva (fojas 66) fue estimado por el Fiscal como necesario para "practicar las diligencias en que fundamenta la prisión preventiva", sin

hacerse referencia alguna al plazo para el cierre de la investigación.

6°) Que, por otra parte con el objetivo de determinar los efectos prácticos que debe tener en este proceso la revocación del sobreseimiento, se hace necesario analizar si el juez puede o no revisar el plazo que ha fijado para el cierre de la investigación, interrogante ligada a la naturaleza, tanto del plazo mismo, cuanto de la resolución que lo fija.

7°) Que en lo que se refiere a la naturaleza del plazo, se trata, como el citado artículo 234 lo expresa al titular la norma, de un plazo judicial, a cuyo respecto los art. 67 y 68 del Código de Procedimiento Civil, aplicables supletoriamente por expresa disposición del art. 52 del Código Procesal Penal, dan expresamente el carácter de prorrogable, con la limitación de que la prórroga no podrá ampliar el término más allá del plazo legal; en este caso, dos años.

8°) Que en cuanto a la naturaleza de la resolución judicial que fija el plazo, atendida la definición del art. 158 del Código de Procedimiento Civil, debe concluirse que se trata de un auto, ya que resuelve sobre un incidente sin establecer derechos permanentes a favor de las partes (el plazo judicial es esencialmente prorrogable), y no decide sobre una tramite que debe servir de base a la dictación de una sentencia definitiva o interlocutoria.

Por estos fundamentos, y lo dispuesto en los artículos 36, 52, 234 y 247 del Código Procesal Penal y 67, 68 y 158 del Código de Procedimiento Civil SE REVOCA la resolución de fecha veintisiete de febrero de dos mil uno, escrita a fojas 104 de esta carpeta, disponiéndose la continuación del procedimiento, para lo cual deberá el juez de garantía no habilitado que corresponda, citar a una audiencia a los intervinientes a fin de determinar en resolución fundada, la prórroga del plazo para el cierre de la investigación, que

sea procedente de acuerdo con las características del caso.

Redacción del abogado integrante Sr. Fernando Bustamante Mora.

Con lo actuado se pone término a la audiencia levantándose acta de lo obrado y, previa

lectura, se firma por el tribunal y por los comparecientes, siendo autorizada por la Sra. Relatora que actúa como Ministro de Fe. Comuníquese y devuélvase

Rol.N°16 (J G)

- Confirma prisión preventiva y revoca su limitación a un plazo de cuatro meses, por improcedente.

Tribunal : Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

El Juez de Garantía decreta la prisión preventiva de dos imputados, pero limita su duración a un plazo de cuatro meses, lo que motiva la apelación de la defensa - respecto de haberse decretado la medida cautelar – y del Ministerio Público – en cuanto sostiene que la fijación de un plazo es improcedente-. La Corte de Apelaciones, apreciados los antecedentes, confirma la resolución en cuanto decreta la prisión preventiva y la revoca en cuanto le fija un plazo de duración, por considerarlo improcedente.

Texto completo:

La Serena, veintidós de marzo del año dos mil uno.

VISTOS:

Prevía deliberación del Tribunal se resuelve:

Respecto de la apelación deducida por la Defensoría:

Del mérito de los antecedentes que obran en la carpeta adjunta y de lo expuesto por los comparecientes en esta audiencia, y teniendo especialmente presente la naturaleza y gravedad del delito y la pena legal probable del mismo, y conforme lo dispuesto en los artículos 140, 352 y 358 del Código Procesal Penal, se CONFIRMA, la resolución de doce de marzo en curso, escrita a fs. 1, en cuanto decreta la prisión preventiva de los imputados Heiman Enrique Tapia Vega y Sebastián Edgardo Vega Guerrero.

Respecto de la apelación deducida por el Ministerio Público:

Del mérito de los antecedentes que obran en la carpeta adjunta y de lo expuesto por los comparecientes en esta audiencia, y teniendo especialmente presente lo dispuesto en el artículo 122 del Código Procesal Penal, se **REVOCA** la referida resolución, en cuanto limitó la medida cautelar personal de prisión preventiva a un plazo de cuatro meses, por ser ello improcedente, y en su lugar se dispone que no se fija plazo, sin perjuicio de la aplicación en su oportunidad de lo dispuesto en los artículos 144, 145 y 152 del cuerpo legal citado, si ello procediere.

Comuníquese y devuélvase.

ROL CORTE N° 21 y acumulada no25.

(J.G.).

- **Acoge recurso de apelación deducido por el Ministerio Público en contra de sobreseimiento definitivo.**

Tribunal : Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

En audiencia citada por el Juez de Garantía para resolver acerca de la continuación de un procedimiento que previamente había suspendido o decretar el sobreseimiento temporal del mismo, el tribunal resolvió la reanudación del procedimiento y, previa solicitud de la defensa, reabrió la investigación y emplazó al Fiscal para que la cerrara de inmediato, bajo apercibimiento de dictar sobreseimiento definitivo. El fiscal dedujo reposición, la que le fue rechazada con costas por el tribunal, siendo inmediatamente requerido para el cierre de la investigación a lo que no se allanó. El Juez, fundado en que la declaración de no allanamiento constituía una negativa expresa a cerrar la investigación, sobreseyó definitivamente en la causa, decisión, esta última, que motivó el recurso de apelación del Ministerio Público. Conociendo del recurso, la Il. Corte de Apelaciones declara que en la especie no se ha dado cumplimiento al requisito exigido en el artículo 247 letra c) del Código Procesal Penal y revoca la resolución apelada, ordenando que el Juez de Garantía no inhabilitado cite a los intervinientes a una audiencia para los efectos de lo prescrito en el citado artículo.

Texto completo:

La Serena, veintitrés de marzo de dos mil uno.

Siendo las 09:15 horas, ante esta Corte de Apelaciones, se lleva a efecto la audiencia decretada en esta causa, con la asistencia del Ministerio Público, representado por don Jorge Valladares Opazo, y de la Defensoría Penal Pública, representada por don Jaime Camus del Valle, con el objeto de dar a conocer a los comparecientes la resolución de esta Corte recaída en el recurso de apelación deducido a fojas 62, de la que se procede a dar lectura, siendo su tenor el siguiente:

La Serena, veintitrés de marzo de dos mil uno.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

1.- Que de estos antecedentes: a) resulta que el juez de garantía de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 10 del Código Procesal Penal, ordenó la suspensión del procedimiento y citó a los intervinientes a una audiencia a celebrarse el 5 de Marzo en curso, en orden a que con los antecedentes ya reunidos y con lo que en dicha audiencia se expusiera por los asistentes, resolver la continuación del procedimiento que

anteriormente había suspendido o decretar el sobreseimiento temporal del mismo; b) que en la audiencia realizada en la oportunidad señalada, el juez de garantía resolvió la reanudación del procedimiento y atendido lo solicitado en la misma por el defensor del imputado, la reabrió en el acto a objeto de que en la misma, el fiscal procediera a cerrar la investigación, apercibiéndolo con decretar el sobreseimiento definitivo en la causa si no lo hiciere; c) que el fiscal dedujo reposición en contra de tal resolución fundado en Que el apercibimiento fue solicitado por la defensa en un procedimiento que se encontraba suspendido, por lo que pide que se cite a una nueva audiencia especial, conforme a lo prevenido en el artículo 247 del Código Procesal Penal, reposición que el tribunal denegó con costas; d) que acto seguido el juez requirió al fiscal para que se pronunciara de inmediato y al no allanarse éste a hacerlo, fundado en que la declaración de no allanamiento por parte de la fiscalía, constituía una negativa expresa a declarar cerrada la investigación, sobreseyó definitivamente en la causa y e) que en contra de esta última decisión, a fojas 62 el Ministerio Público dedujo

apelación;

2.- Que el recurso de apelación deducido por el Ministerio Público se funda: a) en que la audiencia en que se dictó la resolución recurrida tenía como único objeto el pronunciamiento del tribunal, según lo que en ella se expusiera, la continuación de procedimiento o dictar el sobreseimiento temporal del mismo, de que modo que al optar el juez por reanudar aquel, se agotó el objeto de la audiencia a la cual, fueran los intervinientes citados; y b) en que la interpretación literal de lo que dispone el artículo 247 del Código Procesal Penal, sin relacionarlo con el sistema del sobreseimiento definitivo y sus causales establecidas en los artículos 250 y 251 del mismo código, trastoca el ordenamiento procesal penal e introduce : confusiones en las actuaciones judiciales, pues la inactividad de las partes, en el caso atribuida al fiscal, produce otros efectos en el ordenamiento jurídico en instituciones tales como el abandono de procedimiento, la deserción de un recurso, el abandono de la acción etc., pero jamás la inactividad puede conducir directamente a la pérdida del derecho y lo que es más grave a la impunidad definitiva de un posible delincuente. Pide en consecuencia el apelante, que se revoque la resolución de 5 de Marzo en curso que sobreseyó definitivamente en la causa y que se enmiende el procedimiento a objeto de que el juez de garantía cite a los intervinientes a la audiencia a que se refiere el artículo 247 inciso tercero del Código Procesal Penal.

3.- Que el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, disposición en que el juez de garantía fundó el sobreseimiento definitivo, lo obliga a dictar tal resolución siempre que concurren las condiciones siguientes: a) que haya transcurrido el plazo legal (dos años) o el plazo judicial fijado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 234 del Código aludido, sin que el fiscal haya declarado cerrada la

investigación; b) que el imputado o el querellante solicite al juez que se aperciba al fiscal para que proceda a tal cierre y c) que citados los intervinientes a una audiencia, el fiscal no comparezca o se niegue a declarar cerrada la investigación;

4.- Que si bien se cumplen en la especie las condiciones previstas en las letras a) y b) precedentemente referidas no ocurre lo mismo respecto al requisito aludido en la letra c) del considerando que antecede, por cuanto luego de suspendido el procedimiento por el juez de garantía, la audiencia a la que se citó a los intervinientes por resolución de dos de Marzo en curso, realizada el día cinco del mismo mes, tuvo por objeto resolver la continuación de dicho procedimiento o bien decretar el sobreseimiento temporal de la causa, conforme a lo que dispone el artículo 10 del Código Procesal Penal, mas no como ocurrió, que el juez de garantía apercibiera al fiscal en tal audiencia, a petición de la defensa del imputado, para que declare el cierre de la investigación, y, ni para que, ante su negativa, fundada en que no era la oportunidad para hacerlo, de inmediato el juez sobreseyera definitivamente en la causa, pues correspondía conforme al procedimiento legal establecido en el artículo 247 del Código Procesal Penal, fijar una, distinta audiencia al efecto, dándose así oportunidad a todos los intervinientes, para en un ordenado procedimiento establecido por la ley, en el tiempo intermedio, de efectuar diligencias o de adoptar en él, posiciones en orden a una mejor defensa de sus respectivos derechos en la correspondiente audiencia.

5.- Que por tanto no dándose el requisito de haberse citado a los intervinientes a la audiencia especial exigida por el artículo 247 del Código Procesal Penal, para efectuar en ella el apercibimiento al fiscal para el cierre de la investigación, la resolución que sobresee definitivamente en la causa debe ser revocada.

Y, visto además, lo dispuesto en los artículos 36, 52, 69, 352, 358, 370 letra b) del Código Procesal Penal y 186 del Código de Procedimiento Civil **SE REVOCA** la resolución apelada de cinco de Marzo de dos mil escrita a fojas 60, que sobreseyó definitivamente en la causa, disponiéndose en cambio la continuación del procedimiento, para lo cual deberá el juez de garantía no Inhabilitado que corresponda, citar a una audiencia a los intervinientes para los efectos previstos en el artículo 247 del Código Procesal Penal.

Con lo actuado se pone término a la audiencia levantándose acta de lo obrado y, previa lectura, se firma por el Tribunal y por los comparecientes, siendo autorizada por la señora Relatora que actúa como ministro de fe. Comuníquese y devuélvase.

Redactada por don Alfredo Azancot Vallejos, Ministro Titular.

Rol Corte 19 (JG)

Rol único 0110000067-5

Rol interno N° 49

- **Acoge apelación de Fiscal Adjunto dejando sin efecto medida disciplinaria que le había sido impuesta por Juez de Garantía.**

Tribunal : Corte de Apelaciones de La Serena.

Resumen:

Fiscal adjunto deduce apelación en contra de medida disciplinaria de amonestación verbal que le fuera impuesta por el Juez de Garantía. La Corte de Apelaciones acoge el recurso y deja sin efecto la medida en razón de que el comportamiento que le fuera reprochado al Fiscal habría acontecido fuera de la audiencia respectiva, por lo que el Juez de Garantía estaba, en los hechos, impedido de recurrir a su potestad disciplinaria.

Texto completo:

La Serena, a dos de abril del año dos mil uno.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE

1) Que de la normativa contemplada en el artículo 294 del Código Procesal Penal fluye que los Jueces de Garantía pueden hacer uso de las sanciones disciplinarias contenidas en el artículo 530 del Código Orgánico de Tribunales, únicamente en los casos en que se infringieren las medidas de publicidad previstas en el artículo 289, o si se incurriere en alguna de las situaciones descritas en el artículo 293 del citado Código, referidas a las reglas básicas de comportamiento que se deben observar durante la audiencia.

2) Que la acción y comportamiento inadecuado, que del Fiscal Adjunto don Jorge Valladares Opazo reprochó el Juez de Garantía don José María Toledo mediante la aplicación de la medida disciplinaria contemplada en el número 1 del artículo 530 del Código Orgánico de Tribunales, no acaeció durante el desarrollo de la audiencia, sino que con posterioridad a ella, como se desprende de los hechos narrados por el propio Juez en el acta cuya fotocopia autorizada rola a fojas 9 y 10 de

autos, situación de hecho que impedía al Juez de Garantía la aplicación de la medida disciplinaria impuesta, de acuerdo a la normativa legal citada.

Por estas consideraciones **se acoge** la apelación deducida por el Fiscal Adjunto del

Ministerio Público de la Fiscalía Local de La Serena, don Jorge Valladares Opazo y, enmendando, con arreglo a derecho la resolución impugnada por la cual se impuso al recurrente la medida disciplinaria de amonestación verbal, **se declara queda ésta sin efecto.**

Sin perjuicio del oficio que obra a fojas 12, de este cuaderno, póngase lo resuelto y el escrito que contiene la apelación deducida, en conocimiento del señor Fiscal Nacional del Ministerio Público.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 6.931

Ministros señores:

Pavisc – Shertzer – Azancot – Ancarola -
Schneider – Zepeda.

II. ARTICULOS



LAS ADECUACIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA AL NUEVO PROCESO PENAL¹

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD

Fiscal Nacional.

*Profesor de Derecho Procesal de la Pontificia
Universidad Católica y de la Universidad Gabriela
Mistral.*

Con motivo de un interesante artículo de opinión del Profesor Emilio Pfeffer, publicado en El Mercurio del 12 de enero del presente año, en que se destacan varias inconsistencias entre el nuevo Código Procesal Penal y la normativa constitucional en lo relativo al procesamiento y a la consulta obligatoria de la libertad provisional de los imputados por delitos terroristas, se ha iniciado un debate jurídico constitucional en cuanto a que sería necesario reformar la Constitución Política del Estado para adecuarla a la realidad del nuevo proceso penal. A este debate, se ha incorporado la Revista "La Semana Jurídica" que ha destacado la necesidad de armonizar legalmente varios cuerpos legales con el nuevo Código Procesal Penal.

Sin ánimo de agotar un debate que comprende muchas facetas hasta ahora poco advertidas y comentadas por nuestros juristas, trataremos de señalar resumidamente algunas de las distintas materias en que se advierte un desajuste entre la Constitución Política del Estado y el nuevo Código Procesal Penal, sin que esto excluya otras situaciones que deben analizarse separadamente.

La tesis del Profesor Pfeffer consiste en que "al terminar el Código Procesal Penal con el auto de procesamiento, las normas constitucionales citadas quedan desdibujadas y no se corresponden ni se concilian con el nuevo sistema procesal penal", por lo que más adelante sostiene que existe "la necesidad de

adecuar la preceptiva constitucional a aquel sistema procesal penal".

Si bien coincidimos con el Profesor Pfeffer en cuanto a que es necesario que se hagan algunas adecuaciones en la Constitución Política con el objeto de armonizar sus disposiciones con el nuevo proceso penal, tarea que nos parece urgente y que requiere de un debate constitucional del más alto nivel, parece conveniente previamente efectuar algunos razonamientos jurídicos adicionales.

En efecto, en virtud del principio de la supremacía constitucional y de la jerarquía de las normas jurídicas positivas, no sería apropiado sostener que una norma constitucional deba adecuarse al contenido de una ley común, sino que por el contrario las leyes deben adecuarse al contenido de las normas constitucionales. Debe agregarse a este razonamiento, que por voluntad del legislador y no del Tribunal Constitucional, el nuevo Código Procesal Penal no se sometió al control de este tribunal por estimarse que el nuevo Código era una ley común y no una ley orgánica constitucional.

Sin embargo, más allá de las simples razones de buena técnica jurídica, debemos reconocer que es conveniente que el constituyente haga las adecuaciones correspondientes en la Carta Fundamental teniendo presente que el nuevo proceso penal ha sido aprobado por una amplia mayoría en el Congreso Nacional y estará siendo aplicado en todo el país en un plazo aproximado de cinco años.

El problema consiste en determinar lo que debe hacer el intérprete, jueces o abogados, para superar el conflicto entre la Constitución y el nuevo Código Procesal Penal mientras no se dictan las leyes adecuatorias correspondientes.

- Procesamiento y acusación.

El Profesor Pfeffer sostiene que el problema

¹ Artículo publicado en "La Semana Jurídica" N° 17, Págs. 5-6

consiste en que el nuevo Código Procesal Penal no contiene ninguna resolución que pudiera estimarse análoga al auto de procesamiento, en circunstancia de que la Constitución Política vigente menciona al procesamiento o al sometimiento a proceso como requisito que influye en la elegibilidad para diversos cargos públicos y para otros efectos constitucionales (Arts. 25, 44, 46, 113, 19 N° 7 letras d), e), i), etc., de la Constitución Política).

Desde un punto de vista procesal son diferentes tanto formal como materialmente, el procesamiento del antiguo sistema con la acusación del Código Procesal Penal. La resolución que somete a proceso a un inculpado es una decisión jurisdiccional y privativa de los tribunales, previa verificación de que se reúnen los requisitos legales del caso. En cambio, la acusación en contra del imputado es una decisión privativa de los fiscales, que no es jurisdiccional ni puede estar sometida como tal a la revisión de la judicatura. El único condicionamiento de la acusación es que deba haberse previamente formalizado la investigación durante su desarrollo, siendo la formalización del fiscal también un acto no jurisdiccional. Es decir, el fiscal soberanamente decide cuando existen los antecedentes suficientes para sostener una acusación en contra del imputado, de modo que pueda convencer al tribunal del juicio oral en lo penal.

En el nuevo sistema procesal penal, lo que más se asemeja al actual procesamiento es la resolución del juez de garantía que, una vez formalizada la investigación del fiscal, acoge una medida cautelar personal porque para ello deben estar acreditados los actuales requisitos del llamado auto de procesamiento.

Ahora bien, en el nuevo Código Procesal Penal ya se ha sustituido en los procedimientos penales especiales del desafuero de los parlamentarios, intendentes y gobernadores, y

en la querrela de capítulos para hacer efectiva la responsabilidad de los jueces, la exigencia de requisitos como para procesar o para detener en su caso, por la de haberse formulado acusación por el fiscal, una vez cerrada la investigación. (Arts. 416, 423 y 425 del nuevo Código).

Además, en la reciente ley adecuatoria 19.708 que modificó el Código Orgánico de Tribunales, también se ha reemplazado la referencia al procesamiento por la acusación en distintas normas de este Código, pero este reemplazo sólo rige hacia futuro respecto de los hechos ocurridos a contar de la entrada en vigencia del nuevo sistema en el país.

En el proyecto de leyes adecuatorias pendiente en la Comisión de Legislación del Senado hace dos años, se está reemplazando la referencia del procesamiento por la acusación en el Código Penal y en leyes varias.

Como conclusión se puede sostener que entre ambos conceptos, procesamiento y acusación, existen marcadas diferencias jurídicas, pero que si la tendencia legislativa es propender a la utilización de la acusación como término de referencia para muchos efectos legales, lo lógico es también hacer la adecuación en la Constitución Política del Estado, con la salvedad que a continuación pasa a indicarse.

En atención a que durante un lapso no inferior a cinco años, continuarán funcionando dos justicias penales paralelas en todo o parte del país por aplicación del sistema gradual de implementación de la reforma procesal penal, no es posible suprimir o derogar la referencia al procesamiento en la Constitución porque este trámite esencial está vigente en los procesos penales antiguos. Más bien que hay que aprobar una disposición transitoria de carácter constitucional que limite el cambio de procesado por acusado a los casos en que

deba aplicarse el sistema procesal nuevo.

También sería de la máxima utilidad que una ley complementaria estableciera hacia futuro y para los efectos de los nuevos procesos penales, que cada vez que leyes anteriores se hayan referido al procesamiento o al procesado, deba entenderse que se refieren a la acusación o al acusado, siempre que se trate de hechos ocurridos a partir de la entrada en vigencia del nuevo sistema en las distintas regiones.

- Consulta obligatoria y apelación en los procesos por delitos terroristas cuando se concede la libertad provisional.

Según el artículo 19 N° 7, letra e), la resolución que otorga la libertad provisional a los procesados por delitos por conductas terroristas debe ser elevada siempre en consulta al Tribunal Superior y tiene que ser aprobada por la unanimidad del Tribunal Superior integrado exclusivamente por Ministros titulares y lo mismo sucede con la apelación de la misma resolución sobre la excarcelación del procesado.

Esta norma constitucional está en pugna con los nuevos preceptos del Código Procesal Penal que derogan la consulta obligatoria, no exigen que la apelación sea vista exclusivamente por Ministros Titulares de las Cortes de Apelaciones y que la excarcelación sea aprobada unánimemente por éstos.

No cabe duda que esta normativa constitucional está plenamente vigente respecto de los procesos penales antiguos en que no se aplica la reforma procesal penal.

Tratándose de los procesos en que se aplique el nuevo Código Procesal Penal, seguramente habrá una diferencia de opinión entre los juristas e intérpretes. Algunos sostendrán que la referencia a la consulta está derogada

tácitamente porque es inútil e inconducente toda vez que en el nuevo sistema no existe el mecanismo de la consulta obligatoria y no pueden los nuevos órganos utilizar instituciones que ya no están vigentes.

Por su parte, los constitucionalistas se ampararán en la supremacía constitucional para sostener que el nuevo Código Procesal Penal que fue concebido por el legislador como una ley común y no como una ley orgánica constitucional, por ello no fue revisada por el Tribunal Constitucional, no puede derogar tácitamente a la Constitución Política y que por lo tanto incluso en los procesos del nuevo sistema procesal penal, será ineludible la consulta y aprobación unánime por el Tribunal Superior formado sólo por Ministros titulares, de la libertad provisional de un imputado por delitos terroristas.

- Plazos de la detención de un imputado.

El nuevo Código Procesal Penal establece en distintas disposiciones que el detenido deberá ser puesto a disposición del juez de garantía en el plazo de veinticuatro horas, sin considerar aumento alguno como lo hace el actual Código de Procedimiento Penal que permite que el juez aumente el plazo para colocar al detenido a su disposición a cinco días o a diez días en caso de delitos terroristas, mediante resolución fundada.

El actual Código de Procedimiento Penal armonizaba plenamente con la norma constitucional del Art. 19 N° 7 letra c).

Es indudable que en los procesos antiguos que son regidos por el Código de Procedimiento Penal, será posible que el Juez del Crimen autorice la prórroga del plazo de la detención del inculpado y en estos casos no habrá ninguna contradicción con la Constitución Política del Estado.

La duda comienza cuando se trate de casos

regidos por el nuevo Código Procesal Penal en que es obligatorio poner al detenido a disposición de los tribunales en el plazo de veinticuatro horas, sin considerar ninguna circunstancia que permita excepcionalmente aumentar este plazo en la forma que establece la Constitución Política. Aún más, dentro del contexto claramente garantista del nuevo Código, el juez de garantía tiene facultades para cautelar los derechos constitucionales, en especial los relativos a las condiciones y legalidad de las detenciones de imputados y terceros.

Algunos sostienen que si el nuevo Código es más garantista que la Constitución, hay que ceñirse a los padrones del nuevo sistema procesal penal y que por tanto no podrá ampliarse en caso alguno el plazo de la detención de las personas.

Otros juristas invocando el principio de la supremacía constitucional que es esencial en todo Estado de derecho, sostendrán, por el contrario, de que los jueces tienen las atribuciones para aumentar los plazos de detención en los casos previstos en la Constitución.

- El recurso de amparo del Art. 21 de la Constitución y el amparo especial del Art. 95 del Código Procesal Penal.

Esta materia por su complejidad debe ser abordada separadamente y ya existe un excelente comentario del Profesor Raúl Tavolari en La Semana Jurídica.

Por ahora, debemos señalar que existiría una disparidad aparente entre ambos tipos de recursos o acciones y que no habría forzosamente una contradicción, pudiendo los afectados recurrir tanto al juez de garantía como a la magistratura correspondiente que es la Corte de Apelaciones respectiva y la Corte Suprema, en su caso.

En todo caso, adelantamos que nuestra opinión es que el amparo constitucional rige ampliamente, ya sea en los procesos penales antiguos como en los nuevos, y que no está restringido a los abusos de la autoridad administrativa sino que también incluye a aquellos que pudieren cometer los órganos judiciales a través de sus resoluciones jurisdiccionales.

- Algunas orientaciones y pautas de la Corte Suprema.

La Excma. Corte Suprema, a través de varios instructivos que ha impartido a los jueces para la adecuada aplicación del nuevo sistema procesal penal, ha dado claras señales de que estima que también en los nuevos procesos penales deben primar las normas constitucionales de carácter procesal por sobre las disposiciones del nuevo Código Procesal Penal.

- a) Mediante un acuerdo del 31 de enero del 2001, la Corte Suprema complementando un instructivo anterior respecto de la situación de los menores en el nuevo sistema procesal penal, expresamente instruyó a los jueces en el sentido que "los jueces de menores serán particularmente cuidadosos al pronunciarse sobre la situación de los menores" y más adelante agregó que "las garantías constitucionales de los mismos pueden ser amparadas con la acción de amparo consagrada en el Artículo 21 inc. 3º de la Constitución Política de la República".

Pocos días después conoció de un recurso de amparo de la defensa de un menor que reclamó en contra de la resolución de un juez de garantía de La Serena que había resuelto la retención de un menor mientras se resolvía el

discernimiento por el juez de menores. Si bien la Corte Suprema rechazó el recurso de amparo, no es menos cierto que ni esta Corte ni tampoco la Corte de La Serena objetaron que pudiera reclamarse en contra de la resolución judicial del juez de garantía por la vía del recurso de amparo.

- b) Mediante acuerdo del 1º de diciembre del 2000, la Corte Suprema instruyó a los jueces en el punto N° 5 en el sentido de que "tratándose de un imputado rebelde a una citación o diligencia, esa detención no podrá durar más de veinticuatro horas, al término de las cuales, si el tribunal que dio la orden no ha adoptado una medida, deberá ser dejado en libertad (Art. 33 inc. 2º, 127 inc. 2º y 131 del Código Procesal Penal). **En este caso, el tribunal que dio la orden de detención podrá usar la facultad que le confiere el Art. 19 N° 7, letra c) de la Constitución Política, de prorrogar hasta por cinco o diez días (terrorismo) la referida detención**".
- c) Mediante acuerdo del 10 de enero del 2001, la Corte Suprema instruyó a los jueces en el punto N° 8 del párrafo IV sobre instrucciones del recurso de apelación en el nuevo sistema procesal penal, lo siguiente:

"La consulta y la apelación de la resolución dictada en relación a un delito terrorista, según lo ordena el artículo 19 N° 7 letra e) en el inciso 2º, de la Constitución Política de la República se sujetarán a las modalidades que se han indicado precedentemente (agregación extraordinaria para el día siguiente), siempre que en el trámite de la consulta se haya hecho parte alguno de los intervinientes afectados; de no ser así, la vista se llevará a cabo aunque no comparezca nadie a la audiencia respectiva, con el mérito de los antecedentes".

Los problemas anteriores y otros que surgen del conflicto de las nuevas normas del Código Procesal Penal y las normas constitucionales, evidencian que es urgente y necesario dictar todas las normas adecuadoras que fueren necesarias, sean de rango constitucional o legal, para evitar conflictos de interpretación que pueden perturbar la marcha de la reforma procesal penal, sin que sea suficiente la jurisprudencia de los tribunales para solucionar prontamente estos problemas.

Hay otro tema relacionado con lo anteriormente expuesto, que también es urgente abordar, que consiste en las adecuaciones de distintas leyes penales y procesales penales especiales y el nuevo Código Procesal Penal, pero ello será materia de futuros comentarios.

LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL.

NICOLAS ARRIETA CONCHA

Abogado, Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Ministerio Público.

I. INTRODUCCIÓN.

Concepto de reincidencia.

Reincidencia, consiste en la ejecución de uno o más delitos por un sujeto después de haber sido condenado por sentencia firme por otro u otros delitos.²

Se distingue la reincidencia de la reiteración en que en esta última el sujeto ha cometido dos o más delitos sin que en ninguno de ellos haya recaído sentencia condenatoria, tratándose en consecuencia, de un concurso de delitos.

En cuanto a su clasificación, se distinguen en doctrina diversas clases de reincidencia:

Reincidencia verdadera o propia, cuando la condena impuesta por el anterior delito ha sido cumplida.

Reincidencia ficta o impropia, cuando ese cumplimiento no ha tenido lugar al tiempo de comisión del segundo delito.

Reincidencia específica, por su parte, es aquella en que el nuevo delito cometido es de la misma especie que el delito antes sancionado y

Reincidencia genérica, aquella en que todos los delitos cometidos son de distinta especie.

Ambos tipos de clasificaciones admiten a su vez, combinaciones entre ellas. Luego, puede haber reincidencia verdadera específica

y genérica y reincidencia ficta específica y genérica, aun cuando sólo en el primer caso se hace la distinción en nuestra legislación.

Nuestro Código Penal regula la reincidencia en los artículos 12 N° 14, 15 y 16, tratando la impropia, la propia genérica y la propia específica, respectivamente.

II. La reincidencia impropia.

Regulada en el número 14 de la citada disposición en los siguientes términos:

“cometer el delito mientras se cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento”.

Es ficta o impropia porque opera sin necesidad de que se haya cumplido la pena impuesta al delincuente por su primer delito. Aún más, se exige que el nuevo delinquiramiento ocurra mientras se cumple aquella condena o después de haberla quebrantado.

Los supuestos de hecho contenidos en esta agravante son también regulados en los artículos 90 y 91 del Código Penal, los que tratan de las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias y los que durante una condena delinquen de nuevo. Luego, determinar si estas últimas imponen efectivamente sanciones especiales a aquellos supuestos de hecho, resulta necesario para determinar cuando se aplicará la agravante en comento, ello porque conforme a lo dispuesto en el artículo 63 del mismo cuerpo normativo, no aumentan la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley (principio non bis in idem).

En la doctrina nacional, se estima en forma mayoritaria que la comisión de delitos después del quebrantamiento de una condena

² Mario Garrido Montt, derecho penal, parte general tomo I pág 208, editorial jurídica de Chile, 1997.

constituye un ilícito sancionado por el artículo 90 con una pena específica, lo cual, conforme al ya citado artículo 63, determina que nunca resulta aplicable la agravante en estudio.

Respecto de la segunda hipótesis que considera la norma, esto es, cometer el delito mientras se cumple una condena, cabe aquí hacer algunas precisiones.

Los incisos 2º y 3º del artículo 91, imponen un trato agravatorio especial respecto de la pena del nuevo delito³, por tanto, si éste tiene asignada alguna de las penas a que se refieren dichos incisos, no será posible aplicar la agravante del número 14 sin vulnerar el artículo 63.

Cuando, conforme al inciso 4º del artículo 91 la pena del nuevo delito fuera distinta a las contempladas en los incisos 2º y 3º, debe observarse lo prescrito en el acápite primero del mismo artículo.

En consecuencia, el ámbito de aplicación del artículo 12 N° 14 queda reducido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 63, sólo a aquellos casos en que se comete un nuevo

³ Señalan los citados incisos lo siguiente: “cuando en el caso de este artículo el nuevo crimen debiere penarse con presidio o reclusión perpetuos y el delincuente se hallare cumpliendo alguna de estas penas, podrá imponerse al procesado la pena de muerte, o bien agravarse la pena perpetua con las de encierro en celada solitaria hasta por un año e incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal hasta por seis años, que podrán aplicarse separada o conjuntamente. Si el nuevo crimen o simple delito tuviere señalada una pena menor, se agravará la pena perpetua con una o más de las penas accesorias indicadas, a arbitrio del tribunal, que podrán imponerse hasta por el máximo del tiempo que permite el artículo 25. En el caso de que el nuevo crimen deba penarse con relegación perpetua y el delincuente se halle cumpliendo la misma pena, se le impondrá la pena de presidio mayor en su grado medio, dándose por terminada la relegación”

delito mientras se cumple una condena, y entre éstos, sólo a los supuestos no regulados en los citados incisos 2º y 3º.

2.1. Datos jurisprudenciales ⁴.

Se citan los siguientes:

1. *Oscar Alfaro Alamos y otro*⁵. En sentencia de primera instancia se estableció que, aún cuando el encausado Alfaro cometió el delito cuando hacía uso del beneficio de libertad condicional en virtud de condena anterior, no le perjudicaba la agravante del N° 14 del artículo 12 del Código Penal, dado que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 63 del Código Penal, sólo procedía aplicar la norma del artículo 91 del mismo cuerpo de normas.

Por su parte, la Corte Suprema conociendo del recurso de casación en el fondo interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado, no dio lugar al mismo, considerando correctamente aplicados los artículos 91 y 63 del Código Penal, desde que no podía estimarse concurrente en contra del sentenciado dicha agravante pues éste no se encontraba cumpliendo condena anterior al momento de cometer el delito de autos. A dicha conclusión se arribó, después de verificar que a ese tiempo ya le había sido revocado el beneficio de libertad condicional.

2. *cl Luis Soto Rodríguez*⁶ la sentencia de segunda instancia confirmó la de primera, considerando que efectivamente concurría en contra de Soto Rodríguez la agravante N° 14 del artículo 12, puesto que cometió el delito después de haber quebrantado la condena que se le impuso anteriormente por igual delito. Sin embargo, en seguida se hace cargo que la referida agravante no produciría el efecto de agravar la penalidad del sentenciado, dado que

⁴ Tomados del material revisado por el Consejo de Defensa del Estado.

⁵ Rol de Ingreso N°116-92 del Primer Juzgado del Crimen de Arica.

⁶ Rol de ingreso de Tribunal N° 82-94 del cuarto Juzgado del Crimen de Arica

el mismo hecho se encuentra reglamentado en el artículo 91 del Código Penal, *que ordena como sanción el cumplimiento efectivo de la primitiva pena.*

Por su parte, nuestro más alto Tribunal invalidó de oficio la sentencia de alzada, fundado en la causal N° 9 del artículo 541, por haber omitido razonar en torno a la existencia de un hecho que tenía gravitación en la penalidad del encausado, cual era si el beneficio de la libertad condicional que se le había otorgado en condena anterior estaba o no revocado al tiempo de cometerse el delito de autos.

Razona la referida sentencia que el determinar *si el sentenciado cometió el segundo delito después de haber quebrantado la condena anterior, o si lo perpetró mientras cumplía tal condena, es un hecho importante dentro del proceso, porque, en el primer caso, por tratarse de una conducta (el quebrantamiento) que está sancionada particularmente en el artículo 90 del Código Penal, podría quedar excluida la circunstancia agravante del artículo 12 N° 14 del Código Penal... En cambio, en el segundo, el artículo 90 no tiene cabida y, por lo tanto, podría aplicarse la circunstancia agravante en examen, según quede o no comprendida en las distintas alternativas del artículo 91.*

En la sentencia de reemplazo, se declaró que perjudicaba al condenado la agravante del artículo 12 N° 14 del Código Penal, desde que, por no constar en el proceso que el beneficio de libertad condicional le hubiera sido revocado (por Decreto Supremo), se entendió que el delito de autos había sido cometido por el procesado mientras cumplía una condena anterior. En dicho caso, atendida la pena impuesta anteriormente, sólo resultaba aplicable el artículo 91 del Código Penal, norma que simplemente dispone un orden para los efectos de hacer efectivas las dos penas pero no envuelve ningún agravamiento o castigo

extra. Luego, nada impedía según el fallo de reemplazo que la agravante produjera sus propios efectos.

3. *c/ Leonardo Lázaro Quispe*⁷. La sentencia de primera instancia dio por establecido que el encartado cometió el delito de tráfico ilícito de estupefacientes mientras se encontraba cumpliendo una condena impuesta anteriormente, también por tráfico ilícito. No obstante, el juez no consideró concurrente la agravante en estudio, limitándose a disponer el efectivo cumplimiento de la pena impuesta a continuación de la nueva.

Por su parte, la sentencia de alzada elevó la pena, sin pronunciarse expresamente sobre la agravante.

4. En contra Rosalín Segundo Riffo Inostroza, la sentencia declara que no perjudica al reo la agravante de delinquir durante una condena, pues a diferencia de lo que ocurre con la libertad condicional, la remisión condicional de la pena no es una manera de cumplir la pena en libertad. Por el contrario, significa la suspensión de la pena en forma condicionada. Tanto es así, que si transcurre el plazo de observación sin que la remisión condicional haya sido revocada, se tendrá por cumplida la pena. No puede admitirse que el reo se encuentra "cumpliendo una pena" durante el plazo de observación de tres años cuando la pena misma que le fue remitida tiene que ser, por exigencia legal, inferior a un año de duración.

No es igual, agrega el fallo, el caso del que delinque encontrándose en libertad condicional, ya que esta institución, por definición, es una manera de cumplir en libertad una pena privativa de libertad y forma parte del sistema penitenciario progresivo, como la última etapa de dicho régimen.

⁷ Rol de Ingreso N° 56-94 del cuarto Juzgado de Arica.

5. En igual sentido, fallo contra José Misael Roldán Concha, conforme al cual perjudica al reo la agravante en comento, ya que cometió el delito durante su libertad condicional correspondiente a la condena impuesta por un delito anterior de homicidio.

6. *c/ Francisco Quiñónez y otros⁸ y c/ Miguel Angel Sepúlveda y otros⁹*. En los fallos analizados se estableció que aún cuando se acreditó que los encausados cometieron respectivamente los delitos de autos después de haber cumplido la pena privativa de libertad impuesta en condena anterior por iguales delitos, se resolvió que no concurría la agravante, porque no habían pagado las penas de multa impuestas.

7. *c/ Adrián Oteiza y otro¹⁰* La Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que aun cuando el sentenciado cometió el delito después de haber quebrantado la condena que se impuso anteriormente, no se puede considerar que concurre en su contra la agravante del N° 14, toda vez que el quebrantamiento constituye un delito especialmente penado por la ley, y por ello, tiene aplicación lo previsto en el artículo 63 del Código Penal.

8. *c/ Leonardo Arenas¹¹* El encartado, cumpliendo una condena por homicidio, dio muerte a otro presidiario mientras se encontraba recluso en la cárcel. El fallo de alzada agrava su responsabilidad por la circunstancia del N° 14 del artículo 12, en relación con el artículo 91 del mismo cuerpo.

⁸ Rol de Ingreso N° 71.896, del décimo Quinto Juzgado del Crimen de Santiago

⁹ Rol N° 46.622 del Primer Juzgado del Crimen de Los Andes

¹⁰ Gaceta Jurídica N°134, Agosto 1991, pág.107.

¹¹ revista de Ciencias Penales I, pág 400.

9. *c/ Benjamín Gareca Oroza y otro¹²* El que delinque durante el período de observación de la remisión condicional no le afecta la agravante de haber delinquirido durante el cumplimiento de una condena, ya que el efecto de ese delinquirimiento está especialmente previsto en la propia ley y consiste solamente en la obligación de cumplir la pena remitida.

10. En otro fallo¹³, la Corte Pedro Aguirre Cerda conociendo de una causa seguida por hurto, razona que en el caso del reo que cometió el delito durante el tiempo de la remisión condicional, no procede aplicar la agravante N° 14 del artículo 12 del Código Penal, puesto que se suspende la pena. En la especie, el efecto del nuevo delinquirimiento se traduce en cumplir la pena suspendida, la que se agrega a la nueva sanción impuesta.

11. En el mismo sentido ha razonado la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁴. "No concurre la agravante N° 14 del artículo 12 del Código Penal en contra del reo cuando éste cometió el delito de autos durante el tiempo de observación de remisión condicional de la pena, desde que en ese caso rige lo dispuesto en el artículo 6° de la ley N° 18.216, que previene expresamente la sanción".

III. Reincidencia propia genérica.

Artículo 12 N° 15. "*Haber sido castigado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena*".

Se requieren en este supuesto, tres condiciones:

- a) que el culpable haya cometido con anterioridad más de un delito; pueden estos dos o más delitos cometidos con

¹² revista de derecho y Jurisprudencia tomo LV, 1958, 4-204

¹³ Gaceta Jurídica N° 73, 1986, pág. 83 y 84

¹⁴ Gaceta Jurídica N° 70, 1986, pág 73 y 74

anterioridad ser faltas, simples delitos o crímenes.

- b) que éstos sean de igual o mayor gravedad que el actual, es decir, las sanciones que en abstracto les asigna la ley han de ser de la misma o de superior gravedad de aquella que corresponde al delito actual. Para estos efectos, se considera el grado más alto de la pena del nuevo delito, en caso que ésta conste de más de un grado. Debe tratarse de delitos de diversa naturaleza a aquel que actualmente realizó el delincuente porque de lo contrario, se trataría de un caso de reincidencia específica y
- c) que el culpable haya cumplido pena por dos o más delitos cometidos con anterioridad.

La condenación previa la exige el artículo 92 N° 2 al indicar *que el culpable ha sido castigado*, lo que supone sentencia y cumplimiento de pena.

En esta materia, conviene hacer las siguientes precisiones:

Tratándose de delitos indultados, opera la agravante por lo prescrito en el artículo 93 N° 4¹⁵. No ocurre lo mismo en el caso de la amnistía de acuerdo a lo que indica el artículo 93 N°3¹⁶

Si las penas de los delitos fueron objeto de libertad condicional, hay reincidencia por cuanto ésta es una forma de cumplir la pena.

El caso de la remisión condicional de la pena, en tanto, es discutido. Para algunos, entre ellos don Mario Garrido Montt, existiría reincidencia si la pena de los delitos anteriores

¹⁵ artículo 93 N°4 del Código Penal: “La gracia del indulto sólo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento”.

¹⁶ Artículo 93 N°3: “ Por Amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos”

fue objeto de esta medida, siempre que haya transcurrido el tiempo de sujeción a la vigilancia de la autoridad, por cuanto el artículo 28 de la ley 18.216, establece que en tal caso *se tiene por cumplido el castigo* y por tanto, habría reincidencia.

Para otros en cambio, entre ellos Etcheberry y Cury no cabría aplicarla al condenado beneficiado con la remisión condicional de la pena, por cuanto en este caso, no habría sido *“castigado”*; luego, no se ha cumplido efectivamente la sentencia. Señala el primero de estos autores que *“el hecho de que transcurrido el plazo de observación se entienda cumplida la pena, debe comprenderse en el sentido de que se entienda cumplida para los efectos de la extinción de la responsabilidad penal, pero no para los efectos de la reincidencia”*¹⁷.

3.1. Datos jurisprudenciales.

En esta materia, nuestra jurisprudencia también ha tenido ocasión de pronunciarse:

1. contra Manuel Madariaga y otros¹⁸; señala el fallo que el artículo 12 N° 15 del Código Penal, exige pluralidad de delitos anteriores, al contrario de lo que ocurre con la reincidencia específica, de que trata el número 16 del mismo artículo, para la cual basta la existencia de un solo delito.

2. c/ Francisco Miranda C. ; para que exista la agravante de reincidencia genérica es preciso que el reo haya sido condenado anteriormente por más de un delito.

3. *Corte de Apelaciones de Rancagua Año 1992*. De acuerdo al artículo 26 de la Ley 18.216, habiendo el condenado vuelto a delinquir durante el tiempo en que cumplía la remisión condicional de la pena, el beneficio alternativo se entienda revocado por el solo

¹⁷ Etcheberry Ob. cit. pág.32

¹⁸ extractados de El derecho penal ante la jurisprudencia, tomo citado pág. 405.

ministerio de la ley. Al no encontrarse cumplida la pena anterior, no se reúne el requisito básico contemplado por el artículo 92 del Código Penal, que exige precisamente este requisito para configurar la agravante de reincidencia, sea genérica o específica. Ante tal situación procesal, la agravación derivada de su anterior proceder delictual, no aparece justificada en relación con el nuevo delito de robo con fuerza referido en esta causa.

4. La circunstancia agravante del N° 15 del artículo 12 del Código Penal no opera si en el proceso sólo consta que el procesado fue anteriormente castigado por manejo de vehículo en estado de ebriedad, pues dicha disposición habla en plural de haber sido castigado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena, y, por otra parte, el de autos es un cuasidelito, en tanto que la agravante aludida se refiere a delitos anteriores¹⁹.

IV. Reincidencia propia específica.

Artículo 12 N° 16: *"Ser reincidente en delito de la misma especie"*.

Condiciones o requisitos.

- a) la comisión anterior de por lo menos un delito. Si el autor ha cometido varios, es indiferente para los efectos de su aplicación.
- b) Que ese delito haya sido objeto de una sentencia condenatoria ejecutoriada y cumplida en alguna de las formas referidas.
- c) Que ese delito haya sido de la misma especie que el actual. No habiendo sido determinado por el legislador la expresión *de la misma especie*, se ha resuelto este tema en la doctrina, considerando dos aspectos: los bienes jurídicos protegidos por los respectivos

¹⁹ Gaceta jurídica N° 133, pág. 81, ver anexo acompañado.

tipos penales y las modalidades de su comisión.

4.1. Problemas que plantea esta agravante.

A pesar de que ello ya ha sido esbozado, cabe preguntarse si para que se verifique la agravante de reincidencia se requiere que el delincuente haya cumplido la sentencia condenatoria anterior, o si por el contrario, basta que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada.

La tesis minoritaria, sustentada en el extranjero por Eugenio Cuello Calón²⁰ y en nuestro país por don Gustavo Labatut²¹, sostiene que bastaría la existencia de una sentencia condenatoria, no siendo en consecuencia necesario el cumplimiento de la misma.

La doctrina mayoritaria en cambio, representada por Eduardo Novoa Monreal, Enrique Cury, Alfredo Etcheberry y Mario Garrido, plantea el cumplimiento de la condena anterior como un requisito de procedencia de la reincidencia.

En el mismo sentido, la jurisprudencia analizada prácticamente en forma unánime recoge la misma postura, advirtiéndose sólo discrepancias en relación a las diversas formas de cumplimiento que pueden derivar de la aplicación de los sistemas alternativos, tales como la remisión condicional y la libertad vigilada.

De esta forma, cabe concluir que tanto la doctrina como la jurisprudencia, salvo contadas excepciones, exigen a lo menos, el cumplimiento de la sentencia para que se verifique la agravante en estudio, comprendiendo en ésta, desde aquellos que como Etcheberry, exigen un cumplimiento

²⁰ autor citado, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1956 pág.562 y siguientes.

²¹ autor citado, Derecho Penal, Parte General, 7ª edición, editorial Jurídica de Chile, 1976, pág. 225.

efectivo hasta aquellos que aceptan medios alternativos, como los contemplados en la ley 18.216.

4.2. Datos jurisprudenciales²².

1. *Corte Suprema Año 1957*. No hay reincidencia en el delito de la misma especie cuando la anterior sentencia condenatoria no se encuentra ejecutoriada al delinquirse de nuevo, no obstante haber sido ya cumplida la condena interpuesta con el tiempo que el reo permaneció en prisión preventiva¹⁹.

2. *Corte Suprema Año 1964*. La reincidencia consiste, según la opinión generalmente aceptada, en la perpetración de un nuevo delito después de haber sido el reo condenado por sentencia ejecutoriada por uno o más hechos delictivos anteriores. No se otorgará la libertad provisional a los reincidentes de los delitos que la ley castigue con la pena de crimen y a los reincidentes en simples delitos de la misma especie, conforme al artículo 363 inciso 3 N° 1 del Código de procedimiento Penal, atendido el propósito del legislador de sancionar con la privación de la libertad al procesado que no tuvo enmienda con la primera condena²⁰

3. *Corte Suprema Año 1972*. Comprobado que el reo cumplió una condena anterior como autor del delito de hurto, le perjudica la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal²¹

4. *Corte Suprema Año 1994*. Aparece de manifiesto que en la sentencia atacada se ha infringido el artículo 12 N° 16 del Código penal, al habersele aplicado a una situación que no

²² Jurisprudencia contenida en informe preparado por el Departamento de Estudios y Planificación del Consejo de Defensa del Estado sobre la reincidencia y el cumplimiento de la condena anterior.

¹⁹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LIV, N° 3 Y 4, año 1957, Sección. IV, p.125.

²⁰ Revista Fallos del Mes, N°71, Octubre, 1964, p.250.

²¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXIX, N°5 y 6, 1972, Sec.IV, p.119

procede. En efecto, es un hecho de la causa que el enjuiciado no cumplió la sanción anteriormente impuesta en los autos rol N° 38.014-2 del Cuarto Juzgado del Crimen de San Miguel, por lo que no puede considerársele reincidente en delito de la misma especie y con ello aumentar la pena²².

5. *Corte de Apelaciones de la Serena 1946* "...Basta para la reincidencia que el reo haya sido condenado o castigado ya que en aquellas condiciones, sin que el sentido natural del vocablo, ni menos alguna especial definición legal de él, permitan considerar que sólo hay reincidencia si el agente perpetra un delito cuando ya ha cumplido efectiva y totalmente la condena que por otro anterior le fue impuesta. Es verdad que el artículo 92 se refiere al caso de un nuevo delito cometido "después de haber cumplido una condena", pero esa expresión evidentemente no significa que sólo cuando se perpetra un delito después de cumplirse la pena en razón de otro anterior, existe legalmente la reincidencia, sino que se trata aquí de una mera distribución sistemática de reglas, pues si el artículo 91 daba normas especiales para el caso de un nuevo delito cometido mientras se cumple o después de haber quebrantado una condena, era lógico que el 92 contemplara el caso posible, de nuevo delinquir una vez ya cumplida del todo la condena anterior..."

"...En resumen, tanto hay reincidencia cuando se comete delito de la misma especie después de estar el agente condenado por sentencia firme en razón de otro anterior, aunque no haya empezado a cumplir esa condena, como cuando se perpetra durante el cumplimiento de la condena, o como cuando se comete ya cumplida efectivamente ésta..."²³.

²² C/ Rodríguez Vilches. Archivo Subdepartamento de Legislación y Biblioteca del Consejo de Defensa del Estado .

²³ Gaceta 1946, I Semestre, p.201. Citada por Gustavo y Gastón González P., De las circunstancias atenuantes y agravantes (Ley, Doctrina y Jurisprudencias chilena) Editorial

6. *Corte de Apelaciones de Santiago Año 1980*

La reincidencia específica de que trata el N° 16 del artículo 12 del Código Penal, supone una sola condena anterior, cualquiera sea la gravedad de la infracción en que recayó, con tal de que el antiguo y el nuevo delito sean de naturaleza análoga, y en el bien entendido que la pena impuesta haya sido cumplida. En consecuencia, si el reo incurrió en nuevo delito similar al anterior encontrándose afecto a las normas de la Ley 7.821, no puede hablarse de reincidencia específica, sin perjuicio de hablarse de nuevo delito y aquella anterior que se encontraba suspensa²⁴.

7. *Corte de Apelaciones de Santiago Año 1983.*

La reincidencia corresponde a la situación del individuo que vuelve a delinquir después de haber sido condenado por sentencia firme. Nuestro código punitivo sólo considera la reincidencia "verdadera o propia", esto es, la que afecta al sujeto que ha cumplido la pena impuesta por el delito anterior, sea esta reincidencia genérica (N° 15) o específica. No importa para estos efectos la existencia de un instinto criminal fuertemente arraigado en el reo²⁵.

8. *Corte de Apelaciones de Santiago Año 1984.*

Para que un delincuente se considere reincidente en un delito de la misma especie y revestido de la circunstancia agravante establecida en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, no basta una sentencia condenatoria anterior, sino el cumplimiento de la pena. En consecuencia, establecido que el reo no cumplió la pena a que hace referencia su prontuario penal, debe concluirse que no pesa sobre él la agravante de que se trata y debe

reducírsele la pena señalada por el Juez de primera instancia²⁶.

9. *Corte de Apelaciones de Santiago Año 1993.*

Se considera cumplida la pena remitida impuesta anteriormente al procesado como autor del delito de robo, si a la fecha de perpetrar el nuevo delito, había transcurrido el tiempo de condena, sin que la medida alternativa otorgada se hubiere revocado, no obstante haber omitido aquél someterse a los controles correspondientes. Por consiguiente, perjudica al encausado por delito de hurto, la agravante de ser reincidente en delito de la misma especie (art.12 N° 16 Código Penal)²⁷.

10. *Corte de Apelaciones de Iquique 1994*

El artículo 12 N° 16 del Código Penal Chileno, establece que es circunstancia agravante ser reincidente en delito de la misma especie, lo que supone una sentencia penal condenatoria, pasada en autoridad de cosa juzgada y que el encausado haya cumplido la pena impuesta.

Consta en el proceso que al encausado en causa anterior se le concedió el beneficio de la libertad vigilada, beneficio que cumplió, por lo que le afecta la agravante de ser reincidente en delito de la misma especie, estimando además, que el sujeto que ha sufrido un castigo y vuelve a delinquir demuestra que la sanción impuesta no fue lo bastante severa para disuadirlo de cometer un nuevo delito y, por tal motivo, en esta oportunidad, es preciso imponerle una pena más severa²⁸.

11. *Corte de Apelaciones de Puerto Montt*

1997. Consta que el procesado fue condenado como autor del delito de Manejo en Estado de Ebriedad a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, por sentencia de fecha tres de junio de mil

Samber, Concepción, pág 238. cabe hacer notar que este es el único fallo de los analizados que propicia esta solución.

²⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXVII, N°2, 1980, Sec.IV, p.132.

²⁵ Gaceta Jurídica N°41, 1983, p.61.

²⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXI, N°2, 1984, Sec.IV, p.119.

²⁷ Gaceta Jurídica, N° 154, pág. 99

²⁸ Ver c/ Vladimir Arancibia. Archivo Subdepartamento de Legislación y Biblioteca.

novecientos noventa y cinco, la que se encuentra cumplida, afectándole en consecuencia, la agravante de responsabilidad del artículo 12 N° 16 del Código Penal, vale decir, ser reincidente en delito de la misma especie²⁹.

²⁹ Ver Fisco c/ Nuelhaique. Archivo Subdepartamento de Legislación y Biblioteca.

ALGUNOS ALCANCES SOBRE LA AGRAVANTE DE SER DOS O MÁS LOS MALHECHORES EN LOS DELITOS DE ROBO Y HURTO

LAUTARO CONTRERAS CHAIMOVICH
Abogado, División de Atención a las Víctimas y a Testigos, Ministerio Público.

El artículo 456 bis del Código Penal fue introducido por la Ley N.º 11.625, de 4 de octubre de 1954, y prevé cinco agravantes especiales para los delitos de robo y hurto. El siguiente trabajo versa sobre la agravante del numeral tercero de esta norma: ser dos o más los malhechores, y está dividido en las siguientes partes: a) el fundamento de la circunstancia; b) requisitos de la agravante; c) el contenido de la voz “malhechores”, y d) plausibilidad de aplicar la agravante en la hipótesis de que el delito sea cometido por un adulto y un menor de edad y, la relación existente entre el artículo 456 bis, número 3.º y el inciso 2.º del artículo 72, ambos del Código Penal. A continuación, analizaremos estos tópicos en el orden expuesto.

1. El fundamento de esta circunstancia modificatoria

Como veremos más adelante, el fundamento de esta agravante ha sido un argumento capital para que la doctrina y jurisprudencia precisen el contenido de la expresión “malhechores”, que emplea el artículo 456 bis. Es por lo tanto necesario detenerse en el criterio en que se funda esta circunstancia.

Para GARRIDO²³, la *ratio legis* del art. 456 bis n.º 3 debe buscarse en la agravación de la pena de quien ha actuado con otros en la

comisión de un robo o hurto, **disminuyendo de este modo las posibilidades de defensa de la víctima** frente a la agresión de que es objeto. ETCHEBERRY²⁴ se pronuncia en este mismo sentido, aunque estima que el fundamento de la circunstancia no se agota en la disminución de las posibilidades de defensa, sino que también debe buscarse en el **mayor peligro para la víctima y en la mayor seguridad con que actúan los sujetos activos**. En varias ocasiones, la jurisprudencia nacional ha fundado la aplicación de la circunstancia prevista en el art. 456 bis, número 3, del Código Penal, en estos criterios. A saber:

a) C. Suprema, 17 enero 1985. R., t. LXXXII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 37:

“ 42.º) (...) la razón de ser de esta agravante debe encontrarse en la situación de inferioridad o de peligro en que se hallan los afectados o sus bienes en frente de la actuación de más de un sujeto; ”

b) C. Suprema, 27 mayo 1985. R., t. LXXXII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 117:

“2.º) Que basta la lectura del número 3 del artículo 456 bis del Código Penal para advertir que la causal de agravación que contempla tiene únicamente en vista la coacción que se ejercita sobre la víctima al existir pluralidad de ejecutores (...)”.

c) C. Punta Arenas, 30 abril 1990. G.J., n.º 119, p. 85:

“ 8º) Que, por otra parte, la filosofía inspiradora de esta agravante, introducida por el artículo 53 de la ley N° 11.625, fue precisamente sancionar en los delitos de hurto y robo, a aquellos que por obrar en pluralidad, constituían un mayor peligro para el ofendido en el bien jurídico que tutelaba la norma en comento y cuyas posibilidades de defensa se encontraban amagadas por la superioridad de transgresores (...)”

MERA disiente de la posición mayoritaria, al considerar que el fundamento de la agravante es “la **afección del sentimiento de tranquilidad y de seguridad** que puede

²³ *Derecho Penal*, t. IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 263 y 264.

²⁴ *Derecho Penal*, t. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 365.

producirse cuando la apropiación violenta es realizada por dos o más personas²⁵. Ahora bien, es importante advertir que para MERA, las agravantes del art. 456 bis CP no son extensivas al delito de robo con intimidación. En efecto, sostiene que no es posible aplicar las agravantes del 456 bis CP a este delito porque “el mayor desvalor de esta figura compleja y pluriofensiva –que se traduce en su penalidad excepcionalmente elevada- absorbe el *plus* de injusto que pudieren representar dichas agravantes. A este respecto debe considerarse que la misma ley que las incorporó fue la que elevó las penas del robo con violencia o intimidación en la forma draconiana en que lo hizo. De ahí que el alcance de estas agravantes debe ser establecido considerando de manera muy especial la nueva penalidad del delito y las consecuencias que de ello se siguen²⁶. MERA reconoce, no obstante, que **su tesis no es compartida por la jurisprudencia**, quien ha interpretado de un modo gramatical el enunciado del artículo en cuestión²⁷. Su tesis tampoco es acogida por la doctrina nacional mayoritaria²⁸.

Sin embargo, el fundamento de la agravante debe ser analizado en función de los delitos a los cuales se refiere: el hurto y el robo, ambos copulativamente. Es difícil hallar la base de la circunstancia en la disminución de las posibilidades de defensa, pues ello pareciera

²⁵ *Hurto y Robo. Estudio Dogmático y Político Criminal*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Serie Publicaciones Especiales, N.º3, Santiago, 1993, p. 165.

²⁶ *Idem*, p. 144.

²⁷ *Ibidem*. Sin embargo, cabe hacer mención de una sentencia de la C. Talca que ha estimado, acercándose a la tesis de MERA, que la interpretación del art. 456 bis CP debe ser restringida al máximo, dada la severidad de las penas en los delitos de robo y hurto. Véase considerando 2.º, en C. Talca, 15 julio 1992.

²⁸ GARRIDO, op. cit., p. 261; ETCHEBERRY, op.cit, p. 364; LABATUT, *Derecho Penal*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1983, p. 217.

exigir un acometimiento previo, que en el caso de los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas resulta difícil de concebir. Lo mismo podemos decir respecto del “mayor peligro para la víctima” que menciona ETCHEBERRY, pues el bien jurídico protegido en los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas y robo por sorpresa es el patrimonio y no la vida, salud, libertad o seguridad de la víctima. Luego, el fundamento de la agravante debe hallarse en la mayor seguridad con que actúan los sujetos activos de los delitos de robo y hurto. Este es el fundamento que resulta operativo para todas las figuras del hurto y el robo (incluido el robo con intimidación).

2. Requisitos para aplicar la agravante

Para poder apreciar la circunstancia del art. 456 bis n.º 3 CP deben ser **dos, por lo menos**, las personas que cometan el delito de robo o hurto. Además, es preciso que esos dos o más sujetos **actúen materialmente en el momento de la apropiación**, esto es, deben estar presentes en la comisión del delito²⁹. Por eso, no podría aplicarse la agravante si una persona determina dolosamente a otra a cometer un robo (inductor) y esa otra persona es el único autor material. Ahora bien, debe demostrarse en el juicio que **la presencia material** de dos o más personas **redundó en una mayor seguridad en la comisión del delito**, pues la base de esta circunstancia no dice relación con un criterio numérico.

Ahora bien, la tendencia jurisprudencial ha sido la de sumar otra exigencia para estimar aplicable la agravante del n.º 3 del art. 456 bis CP, aunque sin dar mayores razones para ello: que el juez del proceso **haya condenado en el**

²⁹ GARRIDO, op. cit, p. 264; ETCHEBERRY, op.cit, p. 365. En contra LABATUT, op. cit., p. 217, quien considera aplicable la agravante aunque, al cometerse el delito, actúe por hechos directos una sola persona. Esta interpretación, no obstante, resulta insostenible desde la perspectiva del fundamento de la circunstancia.

mismo a más de una persona. En efecto, en los fallos en cuales nuestros órganos jurisdiccionales han delimitado el concepto de *malhechor*, siempre ha concurrido más de un condenado. Así, C. Punta Arenas (22/2/62, 23/8/62 y 30/4/90), C. Valparaíso (1/3/62, 24/4/89), C. Santiago (9/6/00), C. Suprema (10/4/59, 27/5/85, 17/1/85, 19/10/00). La C. Santiago (29/12/86, considerando 1.º) señaló, expresamente, la exigencia de la determinación de más de un responsable para apreciar la agravante de pluralidad de malhechores:

“Que no procede dar aplicación en el caso de autos a la circunstancia agravante de pluralidad de malhechores en la comisión del delito de robo con intimidación (...), por cuanto en la causa sólo ha quedado establecida responsabilidad penal en contra del reo (...), lo cual jurídicamente se opone al concepto de pluralidad mencionado”.

Los autores nacionales no hacen referencia a esta exigencia introducida por los órganos jurisdiccionales³⁰. Tampoco tratadistas extranjeros, a propósito de la expresión “*cuadrilla*”, que fue reemplazada en nuestra legislación por la voz “*malhechores*”³¹. En principio, no hay razón alguna para sumar, a los requisitos antes expuestos, la necesidad de condenar a varias personas. Lo que persigue la agravante es castigar un modo de comisión que implica un mayor peligro de lesionar bienes jurídicos³², al asegurar la concreción de la conducta típica, mas no incrementar la eficacia de la justicia. No obstante, esta tendencia jurisprudencial es acertada en cuanto remarca el carácter de *ultima ratio* del derecho penal y, además, impide incrementar la desproporción existente en nuestra legislación penal, entre las

³⁰ GARRIDO, op.cit, pp. 263 y 264; ETCHEBERRY, op.cit, p. 365; LABATUT, op.cit, p. 217.

³¹ CUELLO, *Derecho Penal*, v. 2, Barcelona, 1974, pp. 574 y 575; GROIZARD, *Código Penal*, t. I, Madrid, 1923, pp. 498 ss.; CÓRDOBA y RODRÍGUEZ, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Barcelona, 1972, pp. 717 ss.

³² CÓRDOBA y RODRÍGUEZ, op.cit., p. 722.

penas de los delitos de robo y hurto, y los objetos de protección de los mismos.

3. El contenido de la voz “malhechores”.

Es el aspecto más debatido de la agravante, pudiendo apreciarse dos interpretaciones diversas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

3.1. Por *malhechores* debe entenderse personas que han delinquido con anterioridad

Es la postura sostenida por LABATUT³³ y varios fallos de nuestros tribunales (C. Santiago, 9 junio 2000. G.J., n.º 240, p. 170; c/ Armando Erices Pinilla y Otros –C. Temuco, 1958-, c/ Fernando Pizarro Ledesma y otros –C. Iquique, 1958-, c/ Omar Oscar Díaz Pizarro y otro –C. Iquique, 1958-, c/ Eduardo Terrazas Tapia y otros –C. Iquique, 1958, ³⁴), basada en los siguientes argumentos:

- a) La voz “*malhechor*” también es empleada en el artículo 17 n.º 4 del Código Penal. La doctrina ha entendido, a propósito del encubrimiento, que *malhechor* es quien comete habitualmente delitos. Por lo tanto, cabría hacer extensiva esa interpretación al art. 456 bis.
- b) Esta agravante reemplazó a la circunstancia de la “*cuadrilla*”, que concurría cuando había más de tres “malhechores”. La doctrina española daba a la expresión “*cuadrilla*”, el sentido de “delincuentes por hábito”.
- c) Como la ley penal no define qué debe entenderse por *malhechor*, debe dársele el sentido natural y obvio que le asigna el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española,

³³ LABATUT, op. cit., p. 217.

³⁴ Estos fallos pueden verse en ETCHEBERRY, *El derecho penal en la jurisprudencia*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, pp. 558 ss. y t. IV, pp. 390 ss.

según el cual esa expresión significa: “Que comete un delito, y especialmente que los comete por hábito”³⁵. Como el diccionario otorga a la voz “malhechor” un contenido amplio y otro restringido, y la ley penal debe interpretarse restrictivamente, no cabe sino concluir que la agravante del art. 456 bis n.º3 comprende no a cualquier sujeto activo de los delitos de robo y hurto, sino únicamente a aquél de carácter habitual.

Creemos que no es esta la interpretación correcta de la expresión, en razón de la debilidad de los argumentos recién expuestos. Efectivamente, en relación al primero de ellos cabe señalar que CURY, uno de los autores que entiende que la expresión *malhechor* que emplea el artículo 17 debe interpretarse como quien ha incurrido permanentemente en conductas delictivas, sostiene que en el marco del artículo 456 bis, la voz tiene otro alcance,

³⁵ *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1992, p. 1298.

no requiriéndose en este caso la habitualidad³⁶. En el mismo sentido se pronuncia GARRIDO³⁷.

Por lo que respecta al segundo argumento, es preciso recordar que la expresión “cuadrilla” aparecía en dos preceptos del antiguo Código Penal español, reemplazado por el de 1995: el artículo 10.13³⁸ (como agravante general), y el artículo 502³⁹ (como agravante específica del delito de robo con violencia o intimidación). Sin embargo, la doctrina española nunca interpretó la voz *cuadrilla* como *grupo de personas que delinquieran habitualmente*⁴⁰. Más aún, el

³⁶ Señala CURY a propósito del art. 17 n.º4 CP (*Derecho Penal*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1985, p. 267): “Por *malhechores*, en esta hipótesis, debe entenderse a mi juicio algo más que quien ha cometido delito. La ley alude más bien al que hace del crimen una actividad constante y, aun profesional. El contexto de la disposición, en efecto, parece arrancar del supuesto de que el encubridor auxilia a individuos que, a causa de su conducta delictual sostenida, están permanentemente necesitados de albergue y protección, pudiendo, en consecuencia, ser reconocidos fácilmente como tales” (cursivas en el original). En cambio, el mismo autor (*Revista de Ciencias Penales*, t. 18, 1959, p.49), comentando una sentencia que había aplicado la agravante especial del hurto y robo de la pluralidad de malhechores, sin exigir la reincidencia, aseveró: “Acertada es (...) la sentencia, cuando al referirse a la agravante (...), señala que en esa disposición la palabra “malhechor” no es sinónimo de reincidente (...)”.

³⁷ *Nociones fundamentales de la Teoría del Delito*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 327; del mismo *Derecho Penal*, t. IV, op. cit., p. 264.

³⁸ El antiguo Código Penal español rezaba en su artículo 10.10: “Son circunstancias agravantes: (...) ejecutarlo de noche, en despoblado o en *cuadrilla*”.

³⁹ El artículo 502 del antiguo Código Penal español señalaba: “Si los delitos de que trata el artículo anterior hubieren sido ejecutados en cuadrilla, al jefe de ella, si estuviere total o parcialmente armada, se le impondrá la pena superior inmediata. Los malhechores presentes a la ejecución de un robo en cuadrilla serán castigados como autores de cualquiera de los atentados cometidos por ella, si no constare que procuraron impedirlo”

⁴⁰ MIR PUIG sólo exigía para la aplicación de la agravante del art. 10.13 CP español, que los miembros de la cuadrilla **concurrieran a la**

propio Código Penal español definía lo que debía entenderse por *cuadrilla*, exigiendo tan sólo que sus miembros estuviesen armados⁴¹.

Por último, uno de los sentidos que el diccionario adscriba a la expresión en comento no puede chocar con el criterio en que se funda la circunstancia (mayor seguridad en la comisión). La ley penal en el artículo 456 bis del Código Penal, no puede castigar con una mayor pena a quien comete los delitos de robo y hurto acompañado por *delincuentes habituales*. Esa no es una razón válida para aumentar la pena desde una lectura garantista, sino propia de un arcaico derecho penal de autor.

3.2. La agravante no exige que los *malhechores* hayan delinquido con anterioridad

Esta ha sido, según ETCHEBERRY⁴², la opinión constante de la Corte Suprema. Varias sentencias recientes de nuestro más alto

comisión del hecho (*Derecho Penal*, Barcelona, 1990, p. 704, el destacado es nuestro). Nada argüía en el sentido de la habitualidad de la comisión de delitos. RODRÍGUEZ DEVESA tampoco hacía referencia, a propósito del art. 10.13 CP español, a delincuentes por hábito (*Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1981, p. 698). Cuando los autores españoles comentaban la antigua parte especial, tampoco interpretaban la expresión *cuadrilla* (art. 502 CP español) como *grupo de personas que delinquieran constantemente* (Véase, por todos, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid, 1991, pp. 442 y 443).

⁴¹ Efectivamente, el art. 10.10, párrafo 2.º establecía: “Hay cuadrilla cuando concurren a la comisión del delito más de tres malhechores armados”.

⁴² *El derecho penal en la jurisprudencia*, t. II, op. cit., p. 564. El autor cita las siguientes sentencias de la Corte Suprema en apoyo de su conclusión: c/ Manuel Macías y otros (1957), c/ Nelly Leyton y otra (1957), c/ Samuel Santibáñez y otros (1957), c/ Ramón Navarro Jorquera y otros (1960), c/ Gastón Arqueros (1960), c/ Sergio y Hugo Montes Groth (1960), c/ Pedro Valdivia Cabezas y otros (1963), c/ Víctor Barrientos (1963) y, c/ Agustín Valenzuela Espinoza y otros (1965).

tribunal se han pronunciado en ese sentido. A saber:

a) C. Suprema, 17 enero 1985. R., t. LXXXII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 37:

“42.º) (...) la agravante que se deriva de ser dos o más los malhechores que instituye el artículo 456 bis del Código Penal, en su número 3.º, precepto que no exige al emplear la voz malhechores, que se trate de delincuentes habituales (...)”.

b) C. Suprema, 27 mayo 1985. R., t. LXXXII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 117:

“2.º) (...) Que como consecuencia, debe admitirse que la palabra malhechor está usada en su primera acepción de “cometer un delito”, que proviene de su raíz latina de “malefactum” que significa “mala acción” y, por ende, son malhechores aquellos que ejecutan el hecho delictuoso, aunque sea la primera oportunidad en que lo hacen”.

c) C. Suprema, 30 junio 1999. R., t. XCVI, sec. 4ª, p. 168 :

“2.º) (...) A este respecto cabe señalar que “malhechor” es “quien comete delito”, esto es, sinónimo de delincuente; y que el concepto que agrega el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en cuanto a que lo es “especialmente el que lo hace con hábito”, no significa que no sea “malhechor” quien delinque por vez primera”.

d) C. Suprema, 19 octubre 2000. G.J., n.º244, p. 118:

“4.º) Que diversos tratadistas de nuestro Código Penal, al plantearse el sentido en que el legislador ha tomado el vocablo “malhechor”, concluyen que corresponde a quien ha cometido un delito y, muy especialmente a quienes lo cometen en forma habitual. Además se ha resuelto reiteradamente por esta Sala que la habitualidad en la comisión de hechos punibles no es un requisito esencial para que quien ha cometido un delito sea considerado malhechor”.

Nuestras cortes de apelaciones han fallado en esta misma dirección. Por vía ejemplar, la sentencia de la C. Punta Arenas (30 abril 1990. G.J., n.º 119, p. 86), que señala en su considerando séptimo:

„7.º) Que la referida agravante tiene un carácter netamente objetivo, según así se desprende del texto de la norma que la consagra, y que exige la

presencia de dos o más malhechores, entendiéndolo por tales a quienes “cometen acciones culpables”, al tenor de lo expresado por el Diccionario de la Lengua; vocablo que en su sentido natural y obvio no implica otro concepto –por separación de los elementos que lo componen-, que aquel que “mal hace”, aplicándose, entonces, el término *malhechor* al individuo que actúa o ejecuta un hecho de carácter ilícito, con prescindencia de la habitualidad en el mal hacer, circunstancia esta última que está vinculada con la reiteración o la reincidencia”.

Las cortes de apelaciones de Santiago (C. Santiago, s/f. G.J., n.º 59, p. 100) y Concepción (C. Concepción, 3 julio 1984. G.J., n.º 49, p. 149) han aplicado también la agravante sin necesidad de habitualidad en la comisión de delitos.

El argumento que ha predominado en las sentencias antes mencionadas para aplicar la agravante del art. 456 bis n.º3, sin necesidad de que los responsables del delito sean delincuentes habituales, ha sido recurrir a su fundamento. Esto es, el que las personas que concurren materialmente en la conducta típica del hurto o robo sean delincuentes habituales, no necesariamente influye en la mayor seguridad en la comisión del delito.

La mayoría de la doctrina nacional adhiere a esta tesis. Así, GARRIDO⁴³, ETCHEBERRY⁴⁴ y CURY⁴⁵, apoyándose, al igual que lo ha hecho la jurisprudencia predominante, en el fundamento de la circunstancia.

4. Plausibilidad de aplicar la agravante en la hipótesis de que el delito sea cometido por un adulto y un menor de edad. Relación entre el artículo 456 bis, número 3.º y el inciso 2.º del artículo 72, ambos del Código Penal

La jurisprudencia de los últimos años ha rechazado la aplicación de la agravante especial de pluralidad de malhechores en el

evento de que un mayor de edad concorra materialmente con un menor en la comisión de los delitos de robo o hurto (C. Talca, 15 julio 1992; C. Santiago, 24 enero 2000. G.J., n.º 235, p. 160). ¿En qué argumentos se han fundado estos fallos? La sentencia de la C. Talca, del 15 julio 1992 ilustra con claridad esas razones, que pueden agruparse en las tres siguientes:

1. *La actuación de un menor o niño inimputable con un mayor agrava la pena de éste, siempre que se hubiere prevalido de él en la comisión del delito, como lo enseña el artículo 72, inciso 2º, del Código Penal, pero no en otros casos no señalados por la ley.*
2. *Ejecutar delitos con personas exentas de responsabilidad criminal como lo son los menores, en delitos como los de la especie, no es agravante, pues por excepción lo es actuar con dementes, como expresamente lo indica en esta última situación el artículo 456 bis n.º5 del Código Penal.*
3. *Es contrario a normas elementales, básicas de Derecho, estimar malhechor a alguien que, jurídicamente, no es apto para perpetrar delitos. Los menores, por falta de desarrollo mental, no pueden ser considerados sujetos idóneos para cometer hechos delictivos, por lo que el derecho penal los ha dejado al margen, los ha sacado de su esfera y han sido transportados al campo de la pedagogía correctiva.*

A continuación analizaremos cada una de las razones expuestas por la C. Talca. En relación al primer argumento, cabe señalar que podría ocurrir que nos encontremos ante la situación de que un adulto se aproveche de un menor *en razón de su edad* para cometer un delito de robo o hurto. Surgirá, entonces, un caso de concurso aparente entre el artículo 72, inciso 2º, y el 456 bis, número 3.º del Código

⁴³ *Derecho Penal*, op. cit., t. IV, p. 264.

⁴⁴ *Derecho Penal*, op. cit., t. III, p. 365.

⁴⁵ *Revista de Ciencias Penales*, t. 18, 1959, p.51.

Penal, que deberá ser resuelto conforme al *principio de especialidad*⁴⁶. Luego, se deberá aplicar el artículo 72.

El artículo 72, en su inciso 2°, del Código Penal reza: “En los casos en que aparezcan responsables en un mismo delito individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esa circunstancia, aumentada en un grado, si éstos se hubieren **prevalido de los menores** en la perpetración del delito, pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez”.

Esta agravante es genérica, puede operar en toda clase de delitos. Para CURY su fundamento se encuentra en la “*reprochabilidad incrementada* del adulto, que no se deja detener en sus propósitos por la representación de estar empujando a una persona inmadura a la ejecución de conductas ilícitas, y exponiéndola al peligro de corrupción consiguiente”⁴⁷. En términos similares se pronuncia VIVANCO⁴⁸.

La norma utiliza desafortunadamente la voz *responsables*, pues no se trata que respecto del menor de edad se pueda efectuar un juicio de reproche, sino

que *intervengan* en el delito mayores y menores de edad⁴⁹.

Para poder apreciar la agravante se requiere la concurrencia de una serie de condiciones objetivas, a lo que se debe agregar un elemento subjetivo⁵⁰. Los requisitos objetivos son los siguientes: que en un mismo delito intervengan como partícipes personas mayores y menores de dieciocho años de edad; que el autor mayor de edad se sirva del menor, pues el precepto exige que se haya *prevalido*, o sea, aprovechado de él, que lo haya usado; y, finalmente, que el menor actúe en la perpetración del delito. La condición subjetiva que debe concurrir consiste en que el adulto sepa que está utilizando a un menor de edad y que se aproveche de él, *en razón de su minoría de edad*. Es esencial, por lo tanto un determinado ánimo en el adulto que se aprovecha del niño, consistente en la intención de utilizarlo en consideración a su edad. Así, por ejemplo, José elabora el plan de entrar a una casa por una pequeña ventana con el propósito de apropiarse de las joyas que existen en su interior. Sabe que las pequeñas dimensiones de la ventana le impiden entrar por ella. Por eso, le pide a su hijo de diez años que se introduzca a la casa y le entregue las joyas que pretende robar. En este caso resulta clara la intención de aprovecharse del niño en consideración a su edad. No así, por ejemplo, si José decide robar una casa, entra él por una amplia ventana y sólo encomienda a su hijo vigilar los alrededores del inmueble mientras comete el delito.

Esta circunstancia no se comunica a los partícipes mayores de edad en quienes no exista la intención de aprovecharse del menor, en los términos recién expuestos.

La agravante no concurriría si el adulto que utiliza al niño en razón de su edad es un autor mediato, porque en este evento se estaría castigando dos veces la utilización del menor (una vez, para construir la figura de la autoría mediata y, otra vez, al estimarla como agravante).

En este sentido ha fallado la jurisprudencia (por ejemplo, C. Valparaíso -1/3/62⁵¹ y 1968⁵²- y C. Punta Arenas-23/8/62⁵³ -) ¿Pero qué ocurriría si el adulto concurre, por ejemplo con un menor armado, a cometer un robo con intimidación?. No podríamos aseverar que

⁴⁶ VIVANCO, sin embargo, estima que “cuando concurren en un hecho punible dos o más agentes, uno de los cuales es mayor de edad y otro (u otros) es menor de 18 años, al mayor podría aplicársele no sólo la agravante de haber actuado con un menor, sino también la de haber ejecutado el delito en compañía de otros malhechores”. Este autor llega a esta conclusión porque considera que el fundamento de una y otra agravante son distintos. En el caso del artículo 72 la razón de ser de la agravante debe hallarse “en el poder corruptor que representa para el legislador el individuo que para perpetrar un hecho punible se vale de un menor de edad, justamente presa más fácil de las malas influencias”. En cambio, “la explicación de la agravante de ejecutar el hecho dos o más malhechores no puede ser otra que la de permitir esta circunstancia un mayor aseguramiento de la acción criminal” (Revista de Ciencias Penales, t. 22, n.º1, enero-abril 1963, p. 205 y 206, nota a sentencia). Sin embargo, la tesis de VIVANCO conculca uno de los límites básicos del derecho penal subjetivo: el *principio non bis in idem*. En efecto, la circunstancia de concurrir materialmente al delito un mayor de edad y un menor, no puede ser utilizado más de una vez para la agravación de la pena.

⁴⁷ CURY, *Derecho Penal*, op. cit., p. 150.

⁴⁸ Véase nota 24.

⁴⁹ Véase nota 25.

⁵⁰ GARRIDO, *Derecho Penal*, t. I, pp. 238 y 239; CURY, *Derecho Penal*, op. cit., pp. 150-151.

⁵¹ Revista de Ciencias Penales, t. 22, n.º1, enero-abril 1963, pp. 203 ss.

⁵² Véase ETCHEBERRY, *Derecho Penal ante la Jurisprudencia*, t. IV, p. 392 (c/ Walter Martínez Reyes y otros).

⁵³ R., t. 59, 2ª parte, sec. 4ª, p. 156.

utiliza al menor *en razón de su edad*, pero sí que, como consecuencia de existir multiplicidad de asaltantes, aseguró la comisión. Cabe entonces aplicar el 456 bis n.º3 y no el 72, porque en este último caso el adulto no se ha aprovechado del menor, es decir, no lo ha utilizado *en consideración a su edad*. Llegar a una conclusión contraria, implicaría no castigar aquella mayor carga criminosa de la conducta, consistente en el aseguramiento, y tornar inoficioso el artículo 456 bis. Resulta claro, por lo tanto, que existen supuestos de comisión conjunta del delito de robo y hurto entre un adulto y un menor, comprendidos dentro del art. 456 bis y no dentro del inciso 2º del art. 72.

Por lo que respecta al segundo de los argumentos expuestos por la C. Talca, cabe

preguntarse si efectivamente es posible calificar a un menor de edad como *malhechor* si el artículo 456 bis consideró a un tipo de inimputables (los locos o dementes o aquellas personas que por cualquier causa independiente de su voluntad se hallen privadas de razón), siendo por lo tanto el precepto sumamente casuístico. Esto es, ¿cómo hacer extensiva la voz *malhechor* a la clase de inimputables "menores de edad" si el n.º 5 contempla expresamente al tipo de inimputables "enajenados mentales"? Podríamos dejar a un lado estas objeciones y recurrir nuevamente al fundamento de la agravante. Esto es, si la presencia de un menor en la comisión de un robo o de un hurto aseguró la comisión del delito, no habría inconveniente en invocar la agravante de la pluralidad de malhechores.

Finalmente, respecto del tercer argumento no resulta del todo preciso afirmar que el derecho penal haya excluido a los menores como sujetos idóneos para cometer hechos delictivos. En efecto, el derecho penal considera a los menores, sólo que a veces no les exige una determinada respuesta (si son menores de dieciséis años o han sido declarados sin discernimiento), mientras que en

otras ocasiones (menores declarados con discernimiento) los considera responsables, pero no les impone las penas con que castiga a los condenados adultos.

En definitiva, si un menor de dieciocho años concurre con un adulto en la comisión de un delito de robo o hurto, con la finalidad de asegurar la comisión y sin que el adulto se haya prevalido de él en los términos del artículo 72, cabe apreciar la agravante del artículo 456 bis N.º3. Por su parte, si el menor participa en el delito de robo o hurto junto con un adulto que lo usa en razón de su edad y ello asegura además la comisión, cabe aplicar el artículo 72 por aplicación del principio de especialidad, que soluciona el supuesto de concurso aparente.

5.CONCLUSIONES

1.- El fundamento de la agravante del artículo 456 bis N.º3 del Código Penal debe hallarse en el aseguramiento en la comisión de los delitos de robo y hurto.

2.- Para apreciar la agravante es preciso que a lo menos dos personas actúen materialmente en el momento de la apropiación, siempre que ello redunde en el aseguramiento en la perpetración. Además, es necesario que la sentencia de condena establezca la participación de los sujetos a quienes se impondrá la agravante.

3.- La expresión *malhechores* no puede entenderse como *personas que delinquen habitualmente*, sino como *personas que cometen el delito*.

4.- Si un menor concurre con un adulto en la comisión de los delitos de robo o hurto, asegurando de esta manera la perpetración y el adulto no ha utilizado al niño en razón de su edad, podría aplicarse la agravante del artículo 456 bis N.º3. Por el contrario, si además el adulto se prevalió del menor, debe apreciarse la agravante genérica del artículo 72.