



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

**Algunos criterios utilizados por la jurisprudencia de la
Reforma Procesal Penal para morigerar las penas en los
delitos contra la propiedad**

Profesor guía: Eduardo Sepúlveda Crerar

**Memoristas: Rodrigo Alonso Fernández Ulloa
Pamela Rita Garrido Naranjo**

Índice

Introducción:	13
Capítulo I. El artículo 450 inciso primero del Código Penal	16
A) Consideraciones generales	16
B) El artículo 450 inciso primero del Código Penal en la doctrina	19
C) Jurisprudencia relativa al artículo 450 inciso primero del Código Penal	19
1. Jurisprudencia que no aplica el artículo 450 del Código Penal	20
1.1. Sentencias que estiman que el inciso primero del artículo 450 vulnera el principio de la tipicidad	20
1.2. Sentencias que estiman que el inciso primero del artículo 450 vulnera el principio de la proporcionalidad	26
1.3. Sentencias que estiman que se vulnera el principio de la determinación objetiva de la responsabilidad penal	31
1.4. Sentencias que estiman inaplicable el inciso primero del artículo 450 a determinados delitos	35
1.5. Sentencias que estiman parcialmente derogado el inciso primero del artículo 450 por la ley 20084	42
2. Sentencias que aplican el inciso primero del artículo 450 del Código Penal	44
D) Criterios observados	51
1. Criterios para no dar aplicación al inciso primero del artículo 450 del Código Penal	51
1.1. Falta de descripción de una conducta específica	52
1.2. Presunción de derecho de la responsabilidad penal	52
1.3. Falta de determinación objetiva de la responsabilidad penal	52
1.4. Otros criterios	52
2. Criterios para dar aplicación al inciso primero del artículo 450 del Código Penal	53
2.1. En cuanto a la falta de descripción de una conducta específica	53
2.2. En cuanto a la presunción de derecho de la responsabilidad penal	53

Capítulo II. El tratamiento de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en los delitos contra la propiedad en la jurisprudencia de la reforma procesal penal.....	54
A) Consideraciones generales.....	54
B) Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en relación con los delitos contra la propiedad en la doctrina.....	55
1. Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.....	56
1.1. La atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal en la doctrina.....	56
1.2. La atenuante del artículo 11 N° 9 del Código penal en la doctrina.....	57
2. Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal.....	58
2.1. La agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal en la doctrina.....	59
3. Disposiciones modificatorias de la responsabilidad penal relativas a las circunstancias de comisión.....	60
3.1. La agravante del artículo 450 inciso segundo del Código Penal.....	60
3.2. La agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal.....	62
C) Jurisprudencia relativa a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.....	64
1. Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.....	64
1.1. Jurisprudencia relativa a la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal.....	64
1.1.1. Jurisprudencia que considera sólo el aspecto negativo de la irreprochable conducta anterior.....	64
1.1.2. La irreprochable conducta anterior como circunstancia muy calificada.....	70
1.1.3. Jurisprudencia que considera el aspecto positivo de la irreprochable conducta anterior.....	74
1.2. La atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal en la jurisprudencia de la reforma procesal penal.....	76
1.2.1. Jurisprudencia que reconoce la configuración de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal por aceptación del Procedimiento Abreviado.....	76
1.2.2. Jurisprudencia que no reconoce la configuración de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal por aceptación	

del Procedimiento Abreviado.....	82
2. Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal.....	83
2.1. Jurisprudencia relativa a la agravante del artículo 12 N° 16	
del Código Penal.....	83
2.1.1. El robo por sorpresa y el robo con intimidación en las	
personas son de la misma especie.....	83
2.1.2. Los delitos de robo con intimidación y robo con fuerza	
no son de la misma especie.....	86
2.1.3. Los delitos de robo con fuerza y hurto no son de la misma	
especie.....	87
2.1.4. Los delitos de hurto y robo son delitos de la misma especie.....	91
2.1.5. La constitucionalidad del artículo 12 N° 16 del Código Penal.....	92
3. Disposiciones modificatorias de la responsabilidad penal	
relativas a las circunstancias de comisión.....	94
3.1. La agravante del artículo 450 inciso segundo del Código Penal.....	94
3.1.1. Jurisprudencia que no aplica el artículo 450 inciso segundo	
del Código Penal.....	94
3.1.2. Jurisprudencia que aplica el artículo 450 inciso segundo	
del Código Penal.....	105
3.2. La agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal.....	110
3.2.1. El concepto de malhechor.....	110
3.2.1.1. Concepto de malhechor como delincuente habitual.....	110
3.2.1.2. Concepto de malhechor como delincuente no habitual.....	114
3.2.2. Diversos criterios utilizados por la jurisprudencia para no	
dar aplicación a la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal.....	121
3.2.2.1. La agravante no concurre, pues uno de los sujetos fue	
declarado sin discernimiento.....	121
3.2.2.2. La agravante no concurre, pues en la acusación se debe	
precisar la actuación de los malhechores.....	125
3.2.2.3. La agravante no concurre, pues no hubo mayor	
indefensión para la víctima.....	130
3.2.2.4. La agravante no concurre, pues la pluralidad ya fue	
considerada para determinar la calidad de autores de los sujetos	
basada en el concierto previo.....	143

3.2.3. Diversos criterios utilizados por la jurisprudencia para aplicar la agravante del artículo 456 bis del Código Penal.....	144
3.2.3.1. La agravante concurre aunque el otro imputado no haya sido acusado en la misma audiencia de autos.....	144
3.2.3.2. La agravante concurre, pues se limitó las posibilidades de defensa de la víctima por la concurrencia de pluralidad de malhechores y no por el uso de armas.....	146
3.2.3.3. La agravante concurre, pues la pluralidad de malhechores produjo mayor indefensión y peligro para la víctima y aseguró la impunidad.....	148
D) Criterios observados.....	155
1. Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.....	155
1.1. La atenuante del artículo 11 Nº 6 del Código Penal en la jurisprudencia de la reforma procesal penal.....	155
1.2. La atenuante del artículo 11 Nº 9 del Código Penal en la jurisprudencia de la reforma procesal penal.....	156
2. Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal.....	157
2.1. La agravante del artículo 12 Nº 16 del Código Penal.....	157
2.1.1. El robo por sorpresa y el robo con intimidación en las personas son de la misma especie.....	157
2.1.2. Los delitos de robo con intimidación y robo con fuerza no son de la misma especie.....	157
2.1.3. Los delitos de robo con fuerza y hurto no son de la misma especie..	157
2.1.4. Los delitos de hurto y robo son de la misma especie.....	158
2.1.5. La constitucionalidad del artículo 12 Nº 16 del Código Penal.....	158
3. Disposiciones modificatorias de la responsabilidad penal relativas a las circunstancias de comisión.....	158
3.1. La agravante del artículo 450 inciso segundo del Código Penal.....	158
3.1.1. Jurisprudencia que no da aplicación al artículo 450 inciso segundo del Código Penal.....	158
3.1.2. Jurisprudencia que da aplicación al artículo 450 inciso segundo del Código Penal.....	159
3.2. La agravante especial del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal.....	159
3.2.1. Concepto de malhechor.....	159
3.2.1.1. Malhechor como delincuente habitual.....	159

3.2.1.2. Malhechor como delincuente no habitual.....	160
3.2.2. Diversos criterios utilizados por la jurisprudencia para no dar aplicación a la agravante del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal.....	160
3.2.2.1. La agravante no concurre, pues uno de los sujetos fue declarado sin discernimiento.....	160
3.2.2.2. La agravante no concurre, pues en la acusación se debe precisar la actuación de los malhechores.....	160
3.2.2.3. La agravante no concurre, pues no hubo mayor indefensión para la víctima.....	161
3.2.2.4. La agravante no concurre, pues la pluralidad ya fue considerada para determinar la calidad de autores de los sujetos basada en el concierto previo.....	161
3.2.3. Diversos criterios utilizados por la jurisprudencia para aplicar la agravante del artículo 456 bis del Código Penal.....	161
3.2.3.1. La agravante concurre aunque el otro imputado no haya sido acusado en la misma audiencia de autos.....	162
3.2.3.2. La agravante concurre, pues se limitó las posibilidades de defensa de la víctima por la concurrencia de pluralidad de malhechores y no por el uso de armas.....	162
3.2.3.3. La agravante concurre, pues la pluralidad de malhechores produjo mayor indefensión y peligro para la víctima y aseguró la impunidad.....	162
Capítulo III. Recalificación de delitos de robo con violencia o intimidación y de robo con fuerza en las cosas en figuras menos gravosas.....	163
A) Consideraciones Generales.....	163
B) Aspectos doctrinarios relevantes en la delimitación de los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas y robo con fuerza en las cosas.....	166
1. El robo simple con violencia o intimidación.....	166
1.1. La violencia o intimidación deben estar dirigidas a la apropiación.....	167
1.2. Existencia y entidad de la maniobra intimidatoria.....	168
1.3. Teorías subjetivas y objetivas respecto a la intimidación.....	170
2. Recalificación de robos con fuerza en las cosas con	

base en el lugar de comisión.....	174
C) Jurisprudencia relativa a la recalificación de delitos de robo con violencia o intimidación y robo con fuerza en las cosas.....	177
1. Robo simple con violencia o intimidación.....	177
1.1. La violencia o intimidación deben dirigirse a la apropiación.....	177
1.2. Existencia y entidad de la maniobra intimidatoria.....	185
1.3. Teorías subjetivas y objetivas respecto a la intimidación.....	205
1.3.1. Jurisprudencia que sostiene la teoría objetiva.....	205
1.3.2. Jurisprudencia que sostiene la teoría subjetiva.....	212
2. Recalificación de robos con fuerza en las cosas con base en el lugar de comisión.....	220
2.1. Lugar habitado o destinado a la habitación.....	220
2.2. Dependencias de lugar habitado.....	221
2.3. Lugar no habitado.....	228
2.4. Requisitos del robo en bien nacional de uso público.....	230
D) Criterios observados.....	235
1. El robo simple con violencia o intimidación.....	235
1.1. La violencia o intimidación deben estar dirigidas a la apropiación.....	235
1.2. Existencia y entidad de la maniobra intimidatoria.....	235
1.3. Teorías subjetivas y objetivas en relación con la intimidación.....	236
1.3.1. Jurisprudencia que sostiene la teoría objetiva.....	236
1.3.2. Jurisprudencia que sostiene la teoría subjetiva.....	236
2. Recalificación de robos con fuerza en las cosas con base en el lugar de comisión.....	237
2.1. Lugar habitado o destinado a la habitación.....	237
2.2. Dependencias de lugar habitado.....	237
2.3. Lugar no habitado.....	237
2.4. Robo en bien nacional de uso público.....	238
Capítulo IV. El tratamiento del iter criminis en los delitos contra la propiedad en la jurisprudencia de la reforma procesal penal.....	239
A) Consideraciones Generales.....	239
B) Doctrina.....	239
1. El iter criminis.....	239

1.1. El delito tentado.....	241
1.2. El delito frustrado.....	242
1.3. La estructura del delito intentado.....	242
1.3.1. La fase subjetiva del delito intentado.....	242
1.3.2. La fase objetiva del delito intentado.....	243
1.3.2.1 Las teorías objetivas.....	243
1.3.2.2 Las teorías subjetivas.....	244
1.4. El delito consumado.....	146
2. El iter criminis en los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas....	146
C) Jurisprudencia relativa al iter criminis en la reforma procesal penal.....	249
1. El delito de hurto.....	249
1.1. La penalidad del delito de hurto con anterioridad a la Ley N° 20.140....	249
1.1.1. El hurto falta no se encontraba penado en etapas de ejecución imperfecta.....	249
1.1.2. El hurto falta se encontraba penado en etapas de ejecución imperfecta.....	261
1.2. Diversos criterios jurisprudenciales para determinar el momento de la consumación del delito de hurto en supermercados.....	265
1.2.1. La esfera de resguardo de la víctima se rompe al traspasarse la línea de cajas de un establecimiento.....	265
1.2.2. La esfera de resguardo de la víctima no se rompe al traspasarse la línea de cajas de un establecimiento.....	272
1.2.3. La esfera de resguardo de la víctima es más amplia que la línea de cajas de un establecimiento.....	273
1.2.4. La facultad de disposición de la cosa es indiferente para determinar la consumación del delito de hurto.....	275
2. Diversos criterios jurisprudenciales para analizar el iter criminis en los delitos de robo con fuerza en las cosas.....	276
D) Criterios observados.....	283
1. El delito de hurto.....	283
1.1. La penalidad del delito de hurto con anterioridad a la Ley N° 20.140.....	284
1.1.1. El hurto falta no se encontraba penado en etapas de ejecución imperfecta.....	284

1.1.2. El hurto falta se encontraba penado en etapas de ejecución imperfecta.....	284
1.2. Diversos criterios jurisprudenciales para determinar el momento de la consumación del delito de hurto en supermercados.....	284
1.2.1. La esfera de resguardo de la víctima se rompe al traspasarse la línea de cajas de un establecimiento.....	284
1.2.2. La esfera de resguardo de la víctima no se rompe al traspasarse la línea de cajas de un establecimiento.....	285
1.2.3. La esfera de resguardo de la víctima es más amplia que la línea de cajas de un establecimiento.....	285
1.2.4. La facultad de disposición de la cosa es indiferente para determinar la consumación del delito de hurto.....	285
2. Diversos criterios jurisprudenciales para analizar el iter criminis en los delitos de robo con fuerza en las cosas y en el delito de robo con violencia cometidos al interior de inmuebles.....	285
Conclusiones.....	287
A) El artículo 450 inciso primero del Código Penal.....	287
1. La constitucionalidad del artículo 450 inciso primero.....	287
1.1. Su conformidad con el principio de la tipicidad.....	287
1.2. Su conformidad con el principio de proporcionalidad.....	287
1.3. Su conformidad con el principio de la determinación objetiva de la responsabilidad penal.....	291
1.4. La aplicabilidad del artículo 450 inciso primero del Código Penal a ciertos delitos.....	291
1.4.1. Al robo por sorpresa.....	291
1.4.2. A la hipótesis del artículo 444.....	292
2. La conveniencia político criminal del artículo 450 inciso primero del Código Penal.....	292
B) El tratamiento de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en los delitos contra la propiedad en la jurisprudencia de la reforma procesal penal.....	293
1. Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.....	293

1.1. La irreprochable conducta anterior.....	293
1.2. La colaboración sustancial.....	294
2. Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal.....	294
2.1. La reincidencia específica.....	294
3. Disposiciones modificatorias de la responsabilidad penal relativas a las circunstancias de comisión.....	295
3.1. La agravante del artículo 450 inciso segundo del Código Procesal Penal.....	295
3.2. La agravante especial del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal.....	296
C) Recalificación de delitos de hurto y robo en figuras menos gravosas.....	297
1. El robo simple con violencia o intimidación.....	297
1.1. La violencia o intimidación deben estar dirigidas a la apropiación.....	297
1.2. Existencia y entidad de la maniobra intimidatoria.....	297
1.3. Teorías subjetivas y objetivas en relación con la intimidación.....	298
2. Recalificación de robos con fuerza en las cosas con base en el lugar de comisión.....	301
D) El tratamiento del iter criminis en los delitos contra la propiedad en la jurisprudencia de la reforma procesal penal.....	301
1. El delito de hurto.....	301
1.1. La penalidad del delito de hurto falta con anterioridad a la Ley Nº 20.140.....	301
1.2. Diversos criterios jurisprudenciales para determinar el momento de la consumación del delito de hurto en supermercados.....	302
2. Diversos criterios jurisprudenciales para analizar el iter criminis en los delitos de robo con fuerza en las cosas y en el delito de robo con violencia cometidos al interior de inmuebles.....	302
E) Consideraciones finales.....	302
 Bibliografía.....	 305

Introducción

La reforma del sistema de justicia criminal nació como una crítica al sistema anterior, en el que las funciones de investigar, acusar y juzgar se concentraban en un único órgano, sin que existiera como contrapartida un otro que materializara eficazmente y durante todo el procedimiento, el derecho a defensa de los imputados.

La reforma al proceso penal en nuestro país cuenta ya con una década de vigencia, durante la cual, ha emanado una vasta jurisprudencia de los diversos Tribunales del sistema.

En este contexto, se hace evidente la necesidad de recopilar y sistematizar dicha información, con el fin de proveer a los distintos operadores del derecho el acceso a los criterios utilizados por nuestros Tribunales en los aspectos procesales y sustantivos.

En esa dirección y con el fin de garantizar el acceso a este rico material jurisprudencial, es que la Defensoría Penal Pública en cooperación con Lexum- Canadá ha implementado un motor de búsqueda para el sistema informático de jurisprudencia. En este marco, en virtud de un convenio con la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, hemos participado en la etapa preliminar del proyecto, realizando la sistematización y descripción de parte de dicha jurisprudencia, lo que se ha materializado en una base de datos, que permitirá recuperar información relevante, y asociar estos contenidos a la doctrina y legislación existente, con la agilidad y precisión que permiten los métodos informáticos

Al finalizar este proyecto, la Universidad de Chile y la Defensoría Penal Pública, contarán con una colección de sentencias revisadas, editadas y analizadas, tanto en su forma como en su contenido, en las que se especificarán las distintas normas aplicables al caso concreto, las materia pertinentes, palabras claves y una breve síntesis, para mediante un motor avanzado de búsqueda, acceder directa y rápidamente a la información relevante.

El aporte a la Defensoría Penal Pública será de un valor inagotable, apoyando en la gestión de una defensa de calidad. Asimismo, nuestra Facultad contará con jurisprudencia sistematizada, de gran ayuda para estudiantes y docentes.

La primera parte de la presente memoria consistió en la edición, sistematización y síntesis de un universo de aproximadamente mil sentencias que fueron incorporadas a la base de datos. De esta forma, al utilizar las tecnologías de la información al Derecho, se ha logrado un procesamiento de información jurídica relevante, sistematizada para su posterior utilización y recuperación, lo que ha de contribuir enormemente a los operadores jurídicos, lo que constituye una innovación en la forma tradicional de desarrollar este tipo de trabajo.

De los múltiples temas tratados en este período, seleccionamos el análisis del tratamiento jurisprudencial de algunos delitos contra la propiedad. La razón de la elección radica en la palmaria tendencia de nuestros Tribunales, especialmente los de menor jerarquía, creados por la reforma procesal penal, a morigerar las penas aplicables a este tipo de delitos, por las vías que se expondrán en el desarrollo de esta memoria. Sin embargo, también expondremos sentencias cuyo criterio a nuestro parecer es el acertado.

El primer capítulo aborda el problema relativo a la validez y vigencia del artículo 450 inciso primero del Código Penal. Se exponen sentencias fundadas en teorías que sostienen que este artículo se encuentra tácitamente derogado por la Constitución Política, así como otras que se basan en doctrinas que afirman su entera vigencia.

El capítulo segundo aborda el tema de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, tema de gran relevancia a la hora de la determinación de la pena aplicable al delito, pues la concurrencia o la denegación de dichas circunstancias tornarán la pena en más o menos gravosa.

El capítulo tercero aborda la recalificación de delitos que se da en los tribunales, respecto de las acusaciones. Específicamente, se trata el tema de cuáles son los requisitos de la violencia y la intimidación para la configuración del robo simple, y qué debe entenderse por cada lugar en el caso del robo con fuerza en las cosas. Esos son los puntos centrales por los que pasa la delimitación de los distintos delitos de hurto y robo.

El cuarto capítulo analiza el tratamiento del iter criminis en los delitos de hurto y robo. La jurisprudencia se centra en este tema en el momento de consumación de la apropiación, dando pie a la aplicación de la teoría de la ablatio, considerando someramente la facultad de disposición para considerar consumado el delito.

No es nuestro objetivo realizar un trabajo exhaustivo acerca de los delitos contra la propiedad, tema ampliamente abordado y sistematizado por la doctrina, sino que exponer los criterios utilizados por nuestros Tribunales a la hora de resolver los casos que se les presentan, poniendo énfasis en los argumentos esgrimidos para atenuar las sanciones, pues si bien existe conciencia acerca de la gran rigurosidad de las penas aplicables a estos delitos, en comparación a las establecidas para atentados a bienes jurídicos de mayor relevancia, no se ha realizado un estudio, como el presente, que sistematice la forma en que nuestros Tribunales han enfrentado esta realidad, en base a jurisprudencia reciente, emanada de nuestros más altos Tribunales, como también de los juzgados de garantía y Tribunales orales en lo penal.

Capítulo I

El artículo 450 inciso primero del Código Penal

A) Consideraciones generales

El artículo 450 del Código Penal dispone:

“Los delitos a los que se refiere el Párrafo 2 y el artículo 440 del Párrafo 3 de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”.

Ésta disposición ha sido fuertemente criticada por la doctrina y la jurisprudencia, ya que altera normas generales de punibilidad de la tentativa y la frustración establecidas en los artículos 50 y 51 del Código Penal, igualando las penas aplicables a las de los delitos consumados de robo con violencia o intimidación en las personas, robo por sorpresa y robo en lugar habitado. Considerando que ya las penas establecidas para los delitos de hurto y robo en grado de consumados son altísimas, esta norma ha encontrado una fuerte resistencia en sede judicial, tal como pudimos comprobar en el análisis de la abundante jurisprudencia revisada.

Especialmente en el último tiempo se ha manifestado la tendencia de algunos Juzgados de Garantía, Tribunales Orales en lo Penal, y Cortes de Apelaciones a construir argumentos tendientes a evitar la aplicación de dicha norma a las causas sometidas a su conocimiento.

En primer término, se argumenta que la disposición de marras se encontraría reñida con las garantías fundamentales establecidas en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política y en los artículos 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos., ratificados por los decretos N° 873 de 1991 y N° 778 de 1989, respectivamente.

Se establece en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política:

Artículo 19. *“La Constitución asegura a todas las personas:*

3º La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.

Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

El artículo 9 la Convención Americana de Derechos Humanos dispone:

Artículo 9.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RETROACTIVIDAD.

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena mas grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la Ley dispone la imposición de una pena mas leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

El artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

Artículo 15

1. *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*

2. *Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.*

Además, son de relevancia en la discusión los siguientes artículos del Código Penal:

Art. 50. *“A los autores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por la ley.*

Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado”.

Art. 51. *“A los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito”.*

Art. 52. *“A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito..*

Exceptúanse de esta regla los encubridores comprendidos en el número 3° del artículo 17, en quienes concurra la circunstancia 1ª del mismo número, a los cuales se impondrá la pena de inhabilitación especial perpetua, si el delincuente encubierto fuere condenado por crimen y la de inhabilitación especial temporal en cualquiera de sus grados, si lo fuere por simple delito.

También se exceptúan los encubridores comprendidos en el número 4° del mismo artículo 17, a quienes se aplicará la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados”.

Art. 53. *“A los cómplices de tentativa de crimen o simple delito y a los encubridores de crimen o simple delito frustrado, se impondrá la pena inferior en tres grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito”.*

Art. 54. *“A los encubridores de tentativa de crimen o simple delito, se impondrá la pena inferior en cuatro grados a la señalada para el crimen o simple delito”.*

Art. 55. *“Las disposiciones generales contenidas en los cuatro artículos precedentes no tienen lugar en los casos en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se hallan especialmente penados por la ley”.*

B) El artículo 450 inciso primero del Código Penal en la doctrina

La doctrina es conteste en que esta disposición es injustificada e inconveniente. Labatut criticaba esta disposición por aumentar desmesuradamente la penalidad y no parecer justificarse en razones de política criminal¹. Así, Garrido Montt señala que “Esta regla no es conveniente porque altera los principios generales que rigen la aplicación de las penas, y desde una visión política criminal resulta inefectiva en cuanto a su eficacia. De otro lado, su aplicación práctica, trae aparejadas situaciones de evidente desequilibrio en cuanto a las sanciones; sistemas como el señalado debería quedar, en cuanto a su aplicación, entregados a la apreciación del tribunal que está en condiciones de valorar las circunstancias reales de cada caso”². No se señala expresamente que se trate de una norma inconstitucional.

Sin embargo Jorge Mera, frecuentemente citado por la jurisprudencia que reprueba este artículo, afirma que en general las alteraciones que haga la ley a la penalidad de la tentativa y la frustración vulneran el principio de la proporcionalidad³.

C) Jurisprudencia relativa al artículo 450 inciso primero del Código Penal

¹ Labatut, Derecho Penal, t. II, p 346, citado en Etecheberry, Derecho Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, t. III, p 357.

² Garrido Montt, Derecho Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, t. II, p 253.

³ Mera Figueroa, Jorge, Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1998, p 100.

1. Jurisprudencia que no aplica el artículo 450 del CP

1.1. Sentencias que estiman que el inciso primero del artículo 450 del Código Penal vulnera el principio de tipicidad

De la jurisprudencia de los Juzgados de Garantía destacamos la siguiente sentencia:

Sentencia del Juzgado de Garantía de Punta Arenas. 05 de junio de 2003, rit 92-2003.

Considerandos relevantes:

“DÉCIMO SEGUNDO: Que en cuanto, ahora, a la petición de no hacer aplicable en la especie la norma del artículo 450 del Código Penal, esto es, el castigar como consumado un delito que se encuentra objetivamente en grado de frustrado, se dará lugar a la mismas en base a los siguientes racionamientos.

DÉCIMO TERCERO: Que, se descarta el fundamento de la defensa en cuanto a que la norma en comento estaría premiando, el arrepentimiento del hechor, por cuanto, en la especie nos encontramos ante un delito frustrado, el que legal y doctrinariamente, se concibe cuando habiendo puesto el delinciente de su parte todo lo necesario para la producción del evento típico, éste no sobreviene por causas ajenas a su voluntad. Circunstancias que han sido reconocidas por el imputado y su defensa, haciéndose inadmisibles este argumento desde ya, puesto que en la especie no ha existido “arrepentimiento”, ya que el agente, en este caso, ha desarrollado todo su ánimo delictivo consumándolo intelectualmente, pero un factor externo a su voluntad inhibe su concreción fáctica.

DÉCIMO CUARTO: Que en cambio, este Juez considera que el inciso 1° del artículo 450 del Código Penal, es una norma de rango legal, la cual debe analizarse en conformidad al ordenamiento jurídico en su conjunto, especialmente a la Constitución Política de la República. De esta manera una de las cuestiones que resultan en el actual estadio del desarrollo jurídico indiscutible, es el principio de la tipicidad de los delitos, y la no existencia de las llamadas “leyes penales en blanco”. Este principio de carácter constitucional se encuentra consagrado en nuestra Constitución en el artículo 19 N° 3 inciso 7 “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración....” En este caso la pena se encuentra consagrada en el artículo 440 N° 1, en relación con el artículo 51, ambas del Código Penal.

DÉCIMO QUINTO: Que, -en este análisis- el artículo 450 del Código Penal, establece una situación que infringe la normativa constitucional, en efecto, saltándose el principio de la tipicidad, consagra una pena más gravosa, frente al

hecho objetivo que el delito no se consumó, situación que claramente dista de la realidad objetiva la cual debe ser el ámbito de la aplicación del derecho sustantivo por el Juez de la causa. Por lo que siendo la norma Constitucional de mayor rango que la legal, no se dará aplicación al artículo 450 del Código Penal, sino que se hará el cálculo de la pena, en conformidad al artículo 51 del mismo texto legal, todo ello, además, en conformidad al artículo 18 del Código Penal”.

Esta tesis, sostenida principalmente por la Corte de Apelaciones de Santiago, ha sido recogida en la jurisprudencia de los Tribunales Orales en Lo Penal, tanto por votos de mayoría como disidentes.

De la jurisprudencia de los Tribunales Orales en lo Penal, destacamos las siguientes sentencias:

Sentencia del Tribunal Oral en Lo Penal de Santiago. 03 de agosto de 2006, rit 30-2006.

Considerandos relevantes:

“SEXTO: Que, según se señaló en la lectura de la decisión de condena pronunciada por el Tribunal, en lo relativo a la calificación jurídica de los hechos, así como a la apreciación del grado de desarrollo que alcanzó el ilícito, estuvo aquélla por aplicar la pena inmediatamente inferior en un grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito, de conformidad con lo previsto en el artículo 51 en relación con el artículo 7 del Código Penal.

Para así resolver, estos sentenciadores hacen suyos los fundamentos contenidos en dos fallos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago de 16 de julio de 1999 y 13 de mayo de 2003, recaídos en los autos rol N° 31.753-99 y 8.178-2003, respectivamente, que en lo medular sostienen que aunque el artículo 450, inciso 1° del Código Penal establece que los delitos allí señalados, entre los que se encuentra el de robo con violencia que ha sido objeto de este juicio oral, se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa, dicho precepto resulta incompatible con los principios más básicos que informan la actual dogmática jurídico - penal y con aquellas reglas que están en las bases de nuestro ordenamiento normativo actual, particularmente los recogidos en los artículos 1°, 5°,7° y 18° del Código Penal así como en los incisos finales del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República que prescribe que ninguna conducta será castigada como delito sin que una ley previa a ella la describa expresamente y le señale una pena; además de los postulados también recogidos en la Convención Americana y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vinculante para los Tribunales Chilenos por mandato expreso del artículo 5° de la citada Constitución actualmente en vigor, articulando internamente un orden jurídico

penal cumulativa al tiempo que enteramente divergente del otrora vigente a la fecha de la última Reforma a la Constitución Política de la República de Chile.

Que, además, como regla general las penas que la ley contempla para las conductas que describe lo son para el evento que éstas se encuentren consumadas, y otros grados imperfectos de ejecución de las mismas se sancionan únicamente en la medida que encuadren dentro de los conceptos de tentativa o frustración que el ordenamiento penal ha conceptualizado desde un punto de vista normativo en su artículo 7°, previendo una sanción diversa a la que contempla para el ilícito en su etapa conclusiva. Esta situación experimenta, claro, una variación cuando el ordenamiento describe expresamente la conducta en sus grados iniciales castigándola aún así, sancionándola siempre de algún modo como si ésta se encontrare concluida. Por ejemplo: la inducción, la promoción, el fomento, etc. En estas hipótesis, todas autónomas, no se elude nunca la obligación de describir también taxativamente el comportamiento inagotado que se penaliza.

Que, también se tiene presente, el artículo 450, inciso 1° del Código Penal mande por su parte reprimir determinados robos frustrados con la pena de los consumados, omitiendo toda descripción precisa, consagratoria del principio de legalidad, de lo realmente proscrito; con ello, pasa a llevar, manifiestamente, los relevantes basamentos racionales y científicos antes explicados. Incluso, sobre este punto, no se debe olvidar que las leyes penales en blanco se encuentran prohibidas en el orden jurídico nacional. Al igual que sucede con los tipos abiertos o indeterminados. Ocuparse por el legislador únicamente de la pena y no de los presupuestos concretos de la misma no viene sino; pues, a constituir aquello que la ley prohíbe sistemática y expresamente hoy en Chile.

La Ley 17.727, en su artículo único de 27 de septiembre de 1972, en un contexto normativo por entero distinto del actual, que reemplazó el inciso 1° del artículo 450 del Código Penal en la forma que reza aún hoy, ha devenido en una disposición muy anterior al precepto constitucional citado, vigente desde el año 1980 y reafirmado progresivamente en múltiples ocasiones de reformas en su sentido verdaderamente democrático propio de un estado más moderno de derecho. Ni qué decir respecto de la reforma procesal penal que entró en vigencia el 16 de junio de 2005 en la región metropolitana y que había iniciado parcialmente en lo territorial su vigencia en la Araucanía y la Serena el 16 de diciembre de 2000, conteniendo para todo el país inéditos alcances sobre la presunción de inocencia, el régimen mismo de las presunciones en el sistema probatorio, la cuestión del dolo y su incidencia en los grados de desarrollo del tipo del delito o iter criminis. Es de sostener –en suma– que luego de tales modificaciones el concepto de injusto penal y su tratamiento ha cambiado, desde aquella fecha, sustancialmente, en nuestro ordenamiento jurídico-penal vigente hoy en el país.

Que, asimismo, de acuerdo a las disposiciones de Derecho Común que informan nuestro sistema jurídico, artículos 52 y 53 del Código de Bello, una ley posterior que pugna sobrada y esencialmente con la anterior la deja tácitamente derogada; al tiempo que se reconoce, también, que es ello un deber legal y profesional del juez del fondo así declararlo. Esto rige precisamente, por lo demás, desde los tiempos del ilustre caraqueño cuando estableciera en su magna obra los artículos 19 y siguientes del Código Civil Chileno, en relación a aquellos artículos 52 y 53 ya señalados, durante la vigencia de la más que pétreo Constitución de 1833, en su entera armonización; y que

resulta, también hoy exigible, con las disposiciones del conjunto de nuestro actual ordenamiento jurídico nacional.

De manera tal que la evidente pugna entre el derecho constitucional citado o la norma de vértice del sistema jurídico y el precepto penal referido, de inferior jerarquía normativa, se resuelve hoy, automáticamente, a favor de la racionalidad y coherencia del conjunto, que de esa forma ha derogado hace ya rato, tácitamente, al segundo, restableciéndose así un orden jurídico mínimamente coherente, lógico en la interioridad de su intelección al tiempo que igualitario.

En otro orden de ideas, dicha disposición tácitamente derogada no sólo es inconciliable con la norma fundamental antes citada, sino atentatoria además del de legalidad, contra los esenciales principios limitativos del ius puniendi como lo son los de lesividad del hecho, proporcionalidad de la pena y culpabilidad, “cuya infracción se traduce en la práctica, en la imposición de penas desproporcionadas cuya magnitud no guarda relación ni con el injusto ni con la culpabilidad concreta por el hecho concreto” (Mera Figueroa, Derechos Fundamentales en el Derecho Penal Chileno, Edit. Conosur, Pág. 100”).

Sentencia del Tribunal Oral en Lo Penal de Curicó. 26 de mayo de 2006, rit 17-2006

Considerandos relevantes:

“VIGÉSIMOPRIMERO: Que no se dará lugar a la defensa en orden a no dar aplicación al artículo 450 del Código Penal, por cuanto la mayoría de este Tribunal estima que el alcance de dicha norma es tan sólo alterar la regla general de la penalidad, tanto en la tentativa y el delito frustrado, contenida en los artículos 51 y 52 de nuestro código punitivo, por lo tanto, la disposición en cuestión no contiene ningún tipo especial de delito, sino que, reconociendo en forma expresa las etapas intermedias en la consumación de un ilícito, a que se refiere el artículo 7 del Código Penal, entrega sólo una regla especial para su penalidad, en determinados delitos. Por lo tanto, se concluye que dicha norma no se encuentra tácitamente derogada por la Constitución Política de la República, ya que no constituye una presunción de responsabilidad ni infringe los principios de tipicidad o garantías constitucionales.

Acordado en este punto con el voto en contra de la Magistrado Jimena Orellana quien fue del parecer de que si bien, al acusado debía condenársele como autor de robo intimidación en grado de tentado, la pena por la comisión de tal ilícito debía sancionarse de conformidad a lo que señala el artículo 51 del Código Penal, debiendo, en consecuencia, procederse a la rebaja de la misma en un grado. Para ello esgrimió las siguientes consideraciones:

a. Que nuestra carta fundamental establece en su artículo 19 N° 3, inciso final, el principio de legalidad penal, norma que prohíbe sancionar conductas, sin que éstas previamente hayan sido establecidas o consideradas en el tipo penal correspondiente, y respecto de las cuales no se hubiese señalado sanción por su comisión. Lo anterior, además, se encuentra contemplado en el Pacto de San José

de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que contienen normas que son vinculantes para nuestros Tribunales, en virtud de lo que dispone el artículo 5° de la Constitución Política.

b. Que el artículo 450 del Código Penal, sanciona como consumados los delitos que señala, desde que estos se encuentren en grado de tentativa, norma que no se condice con los preceptos antes referidos y que, como ya se dijo, contienen el principio de legalidad penal, toda vez que no describe una acción incompleta o imperfecta, como constitutiva de una infracción a una norma penal determinada, limitándose a señalar que, y en el caso que nos ocupa, el robo con intimidación en grado de tentado, se sancionará de igual manera que el consumado, esto es, imponer una pena contemplada para una acción diferente.

c. Que todo lo anteriormente expuesto, nos lleva a concluir que, y luego de interpretar en forma conjunta el ordenamiento jurídico que estable las conductas sancionables penalmente, que el citado artículo 450 del nuestro código punitivo, ha sido derogada por la de mayor rango y fecha posterior.

d. Que, por otra parte y a mayor abundamiento, se estima que hacer aplicable a una acción tentada el artículo 450, vulnera el principio de igualdad ante la ley, toda vez que viene a alterar la proporcionalidad entre el hecho perpetrado y la pena que deberá imponerse”.

El tribunal que ha sostenido principalmente esta doctrina es la Corte de Apelaciones de Santiago, cuya sentencia más paradigmática en este sentido se expone a continuación.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. 13 de mayo de 2003, rol 8178-03.

“Y teniendo además, presente:

1°.- Que el delito de robo con fuerza en lugar habitado materia de estos antecedentes sólo alcanzó el grado de desarrollo correspondiente a la frustración, según aparece del considerando tercero del fallo en alzada, estando que conforme al artículo 7° inciso 2° del Código Penal, se produce "cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad".

En consecuencia, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 del mismo cuerpo legal, corresponde la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito;

2°.- Que para concluir del modo antes referido, esta Corte tiene en cuenta que aunque el artículo 450 inciso 1° del citado estatuto establece que los delitos de robo con fuerza en lugar habitado como el de que se trata "se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa", el precepto resulta incompatible con principios

que informa la teoría penal con reglas que están en la base del ordenamiento jurídico de esa especie;

3º.- Que, en efecto, de acuerdo al artículo 19 N° 3º inciso final de la Constitución Política "ninguna ley" podrá establecer penas "sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella";

4º.- Que la ley 17.727, de 27 de septiembre de 1972, que reemplazó el inciso 1º del artículo 450 del Código Penal en la forma como reza actualmente es anterior, como puede advertirse, al indicado precepto constitucional, vigente desde 1980;

5º.- Que no puede ignorarse el esquema según el cual las penas que la ley contempla para las conductas que describe lo son siempre y cuando éstas se encuentren consumadas. Otros grados de desarrollo del iter criminis se castigan únicamente en la medida en que armonicen con lo que el ordenamiento ha expresamente conceptualizado como frustración o tentativa.

En estos eventos, ha sido el propio legislador el que ha determinado una penalidad distinta a la que prevé para el ilícito finito. Estos recuerdos elementales experimentan una variación cuando el ordenamiento describe la conducta en sus grados iniciales, castigándola aun así, v. g., la inducción, el fomento, la promoción. En estas hipótesis no se elude la obligación de describir el comportamiento, descripción que recae en esos engendros;

6º.- Que al no explicarse claramente el comportamiento que, sin ser el robo con intimidación consumado, la ley 17.727 pretendió asimilar a éste para los efectos de la sanción penal, a pesar de ser tentado, se viola la antedicha norma constitucional;

7º.- Que la ley posterior que pugna esencialmente con la anterior queda tácitamente derogada y es deber del juez del fondo así declararlo;

8º.- Que la responsabilidad penal es progresiva según los tipos de participación culpable y los grados de ejecución del mal, de modo que el encubridor de lo tentado es menormente responsable que el autor de lo consumado.

Como el inciso sexto del artículo 19 N° 3º de la Carta Fundamental establece que "la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal", el actual inciso primero del artículo 450 no puede tener aplicación desde que, como se aprecia fácilmente, importa una presunción de responsabilidad consumada, en lo que realidad es tentado o frustrado;

9º Que no está de más traer a colación que el catálogo de derechos y garantías individuales consagrado principalmente en el capítulo III de la ley primera contiene una especial norma de protección al derecho de los procesados, al disponer que ningún delito se castigará con otra pena que la que le señalare una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. la ley penal a que hace alusión este precepto no es ni puede ser otra que aquella a la que se refiere su inciso final, esto es, aquella en que el legislador ha de describir expresamente la conducta merecedora de reproche.

La desconsideración de lo que se ha venido diciendo haría, además, ineficaz en su alcance y propósito el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución, que reitera como derecho de todas las personas la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de ella regulen o complementen las garantías que ella establece o que las limiten en los casos en que la misma lo autoriza "no podrán afectar los derechos en su esencia", lo que precisamente ocurriría si no se exigiera al legislador penal el cumplimiento de su obligación de ceñirse irrestrictamente al antes mencionado mandato constitucional..."

La Corte Suprema ha rechazado sistemáticamente esta doctrina, en fallos como el que se expondrá en el siguiente apartado de este capítulo.

1.2. Sentencias que estiman que el inciso primero del artículo 450 vulnera el principio de la proporcionalidad

En los Tribunales Orales en Lo Penal es de destacar la argumentación del tribunal de Talca contenida en la siguiente sentencia:

Sentencia del Tribunal Oral en Lo Penal de Talca. 31 de octubre de 2006, rit 36-06.

Considerandos relevantes:

“DÉCIMO OCTAVO: (...) En relación al imputado adulto, Meza Garrido, igualmente entendemos derogada tácitamente la norma del artículo 450 inciso 1° del Código Penal, en este caso por una norma posterior de orden constitucional, que consagra los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Para demostrar que nuestra Carta Fundamental consagra como principios penales implícitos la culpabilidad y la proporcionalidad, debemos partir señalando que la presunción de inocencia constituye en nuestro ordenamiento jurídico un derecho fundamental de todo imputado y un principio del sistema de justicia penal, cuyo contenido obliga al Estado a probar su culpabilidad conforme a la ley. Así lo disponen expresamente los artículos 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, normas que resultan vinculantes por disposición del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República.

En todo caso a idéntica conclusión se puede llegar a través de una interpretación teleológica y sistemática de nuestro actual modelo de justicia penal, a partir de lo establecido en los artículos 19 N° 3 inciso 6° de la Carta Fundamental y 4° del Código Procesal Penal.

En consecuencia, el principio de culpabilidad, entendido en sentido amplio impone al Estado, en sus roles de persecución y adjudicación, la obligación de acreditar todas y cada una de las categorías de imputación penal y sólo una vez que ello ocurra asignar al comportamiento punible reprochado una consecuencia jurídica proporcionada.

En el ámbito de la tipicidad y antijuridicidad, especialmente relevante resulta el análisis de la intensidad del ataque al bien jurídico que se protege, tanto desde la perspectiva del disvalor de acción como del disvalor de resultado. Luego, al realizar la valoración subjetiva de ese acto, para determinar si es atribuible al agente, se determinará el grado de culpabilidad con que actuó y la necesidad de sancionarlo proporcionadamente.

De este modo, los principios de lesividad o dañosidad y de proporcionalidad o prohibición del exceso, ampliamente aceptados por nuestra doctrina y jurisprudencia, se erigen también como importantes límites materiales a la potestad punitiva del Estado, tanto al momento de la incriminación, como en el de la adjudicación.

Consideramos que ambos principios, junto a los demás límites materiales al ius puniendi estatal, se encuentran recogidos en nuestra Constitución y constituyen normas de aplicación directa por el operador jurídico. En efecto, ya en su artículo 1°, ubicado dentro del capítulo denominado Bases de la Intitucionalidad, al disponer que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, se reconoce la dignidad humana como una base de la institucionalidad, esto es, como un principio básico del ordenamiento jurídico y fuente de legitimidad de la actuación de los poderes públicos. Enseguida, en el artículo 5° inciso 2° manifiesta que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, añadiendo que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Toda persona es titular de derechos fundamentales por su naturaleza intrínseca de ser esencialmente libre, racional, dotado de voluntad y responsable de sus comportamientos, acreedor, por ende, de un trato respetuoso.

Por lo anterior y en cuanto a la criminalización primaria, la intervención penal debe ser proporcionada a la afectación real del valor social a defender. Por su parte, en la criminalización secundaria, y especialmente al momento de la adjudicación, el principio de lesividad exige que el comportamiento punible que se juzga afecte seriamente el bien jurídico protegido y el principio de proporcionalidad obliga a mantener una racional equivalencia entre la gravedad del hecho que motiva la reacción punitiva y la intensidad de esta última.

En consecuencia, el imperativo de respeto por la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad que pesa sobre el Estado obliga a éste a no ir más allá de lo que en estricta justicia aparezca como equivalente a la gravedad de la ofensa. Además, también debemos tener en cuenta la necesidad de no instrumentalizar a la persona para la obtención de fines político-criminales, peligro que sólo se evita en la medida en que haya correspondencia entre la infracción y el castigo.

La distinción que el sistema penal efectúa entre tentativa y consumación, entre autor de delito tentado y autor de delito acabado, obedece a criterios de

racionalidad supralegales que se imponen al legislador como una consideración de índole material y no meramente formal, pues implica una valoración de proporcionalidad de peso absoluto que emana de la consideración de la dignidad humana como límite último de la potestad punitiva del Estado. No parece admisible, entonces, que una norma legal haga equivalentes dos situaciones tan dispares por razones meramente utilitarias, de prevención general negativa sin que ello implique una vulneración sustancial de los principios de culpabilidad, lesividad y proporcionalidad y, consecuentemente, de los derechos del acusado a ser presumido inocente y juzgado de un modo racional y justo.

Pensamos que el artículo 450 inciso 1° del Código Penal colisiona con contenidos normativos de rango constitucional y de aplicación directa, al establecer una pena excesiva en relación con la magnitud de la culpa por el hecho. En efecto, al ordenar sancionar como consumado un hecho punible que sólo quedó en estado de tentativa se afecta, al nivel del merecimiento de pena según su grado de ejecución, los principios de lesividad y de prohibición de exceso, existiendo una contradicción normativa que se soluciona mediante la determinación de derogación de la norma anterior y de grado inferior.

Contribuye a esta convicción la consideración de los principios de interpretación conforme y de supremacía constitucional contemplados en el artículo 6 inciso 2° de la Carta Fundamental y la garantía de seguridad jurídica contemplada en el artículo 19 N° 26 del mismo texto normativo, en cuanto asegura a todas las personas que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Finalmente, parece oportuno hacer presente que ya han existido pronunciamientos jurisprudenciales que han sostenido la tesis precedente, así ocurrió en sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de 2 de diciembre de 2005, que incide en el recurso de nulidad rol N° 317-2005, otro tanto ocurre con el pronunciamiento de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de 5 de mayo de 2005, que incide en la causa rol N° 653-2005.

Se previene que el juez don Wilfredo Urrutia Gaete estuvo por mantener la aplicación del artículo 450 inciso 1° del Código Penal, por ser norma vigente que, si bien altera las reglas generales de los artículos 50 y siguientes del mismo cuerpo legal, establecidas para la aplicación de la sanción conforme al grado de ejecución de los delitos, según lo dispuesto en el artículo 7, obedece a una decisión del configurador social válida y legítima, consistente en sancionar como consumado un hecho que ha quedado imperfecto, constituyendo una excepción a la rebaja de pena contemplada para los delitos tentados y frustrados, tal como lo permite expresamente el artículo 55 del Código Punitivo”.

En las Cortes de Apelaciones, esta doctrina se ha sostenido principalmente por el entonces Abogado Integrante don Carlos Kunsemüller, desde la Corte de Apelaciones de San Miguel. Es de destacar su voto disidente en la sentencia que sigue:

Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel. 10 de enero de 2006, rol

582-06.

Considerandos relevantes:

“Acordada con el voto en contra del Abogado Integrante señor Carlos Kunsemüller, quien, no obstante compartir los razonamientos vertidos para rechazar la incompetencia alegada por el Ministerio Público, al pronunciarse sobre el fondo, estuvo por hacer lugar al recurso y declarar lo que en su parte petitoria se solicita- aplicación de las penas conforme a las reglas generales del Código Penal- en concordancia con la opinión manifestada anteriormente en varias sentencias de esta Corte (dictadas en procesos inquisitivos) y teniendo presente únicamente los siguientes fundamentos:

1.- Si bien el artículo 450 inciso primero del Código Penal consagra una regla excepcional-de anticipación de la punibilidad - al imponer la pena del delito consumado a las etapas imperfectas de ejecución, existen sólidas razones para prescindir de su aplicación a la hora de mensurar la pena.

2.-Conforme a un principio cardinal y limitativo del ius puniendi estatal, la magnitud de la pena aplicable al responsable de un hecho delictivo debe estar en directa concordancia con el preciso desarrollo hasta el cual ha llegado la agresión al respectivo bien jurídico protegido en el supuesto concreto, debiendo imponerse una pena menor a la fijada por la ley al delito perfecto, en los casos de no alcanzarse este último grado.

3.- El artículo 51 del Código Penal recoge el principio antes recordado y, en relación con el artículo 7º de esa codificación, reglamenta los niveles imperativos de rebaja de la cuantía de la pena en los casos de conato, a partir de la sanción prevista para el ilícito consumado, constituyendo ésta una regla básica, de común y general obligatoriedad.

4.- Por virtud del inciso 1º del artículo 450 citado- cuyo contenido, al estar señalado únicamente para ciertos hechos punibles no tiene un carácter igualitario, ni siquiera en el ámbito propio de los delitos de hurto y robo- el tribunal debe prescindir del real grado de desarrollo alcanzado por la conducta delictiva para determinar la pena en las hipótesis de tentativa y frustración y castigar siempre y en todo caso al culpable como autor de un delito consumado, aplicándole la sanción perteneciente a esta fase del iter criminis. La norma es muy clara en su lenguaje: se castigará como consumado, esto es, ha de ser penado como si se hubiera consumado un hecho que nunca llegó a perfeccionarse ,que nunca alcanzó esa etapa del proceso ejecutivo del delito. Lo que ha sucedido en la realidad social es que el ataque al objeto jurídico del delito quedó en una etapa imperfecta-tentativa o frustración- y, sin embargo, por una ficción legal, se atribuye al injusto típico efectivamente perpetrado un grado de evolución más avanzado- el que jamás tuvo(consumación) y consecuentemente al hechor una culpabilidad y una responsabilidad con respecto a un supuesto de hecho típico que no colmó efectivamente y que ,no obstante, se presume de derecho como producido.

5.-Desde el momento que es con relación a un delito no cometido realmente- robo consumado- que el juez debe imponer la pena al encausado, castigándolo como culpable de un ilícito que es ficticio en cuanto a su grado de ejecución, el precepto de que se trata

reviste el carácter de presunción de derecho de la responsabilidad penal. En efecto, nada se obtiene con argumentar que el delito no se perfeccionó y logró solamente configurar un grado menor de desarrollo, poseedor de un injusto más débil y justificativo de una sanción menos gravosa; la ley impone un salto cualitativo y cuantitativo el cual conduce a que la pena a imponer se fundamente en una conducta antijurídica inexistente ,prescindiéndose totalmente de la establecida en el proceso y en la sentencia como realizada por el acusado- que no admite contradicción en la sede jurisdiccional.

6.- Las presunciones de derecho de la responsabilidad penal han sido proscritas de nuestro ordenamiento jurídico por la Carta Fundamental, de manera que una de tal clase, como la contenida en el inciso primero del artículo 450 del estatuto punitivo, se opone clara y fuertemente al precepto garantista superior, integrante de la Ley Suprema y resulta inconciliable con el mismo, de manera que debe reconocerse su ineficacia a través de su no aplicación al supuesto materia del fallo cuestionado.

7.- A mayor abundamiento, la regla controvertida de inferior rango normativo que la imperativa prohibición constitucional- involucra una evidente lesión al postulado de igualdad ante la ley, bien jurídico éste, de naturaleza superior, cuya titularidad pertenece a todos los individuos, no sólo a algunos de ellos; asimismo, colisiona con otros esenciales principios capitales, limitativos del ius puniendi estatal, como el de lesividad del comportamiento y, sobre todo, de proporcionalidad de la pena.

8.- El principio de proporcionalidad rechaza el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste en su significado global. Tiene, en consecuencia, un doble destinatario: el poder legislativo (que ha de establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito) y el judicial (las penas que los jueces impongan al autor del delito han de ser proporcionadas a la concreta gravedad de éste). Complementa, por tanto, las exigencias del principio de culpabilidad que, en sí mismo, no garantiza la necesaria proporción entre el delito y la pena. (Antonio García-Pablos de Molina, Derecho Penal, Introducción, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, U. Complutense Madrid, 2000,pág. 398 y s.s.)

9.- **En nuestra doctrina se ha indicado como una directa manera de infringir la proporcionalidad de las penas la de consagrar reglas excepcionales sobre iter criminis y participación criminal conforme a las cuales se castiga la tentativa como delito consumado ,la complicidad como autoría y el encubrimiento como complicidad. La infracción que se denuncia implica en la práctica la imposición de castigos penales desproporcionados, cuya magnitud no guarda nexo ni con el injusto perpetrado, ni con la culpabilidad del hechor. (Jorge Mera Figueroa, Los Derechos Humanos en el Derecho Penal chileno, pág.100) El tratadista Mario Garrido Montt sostiene que la disposición legal en comento ...no puede menos de ser criticable porque su aplicación a los casos concretos da lugar a situaciones inaceptables desde una visión político-criminal ,al obligar a imponer sanciones muy graves a comportamientos que no justifican tal reacción.(Derecho Penal, T.IV, Parte Especial, pág 191).**

10.-El principio de proporcionalidad entre delito y pena se proclamó formalmente en el artículo 12 de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y Ciudadano, de 22 de agosto de 1795: La ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito.

11.- La exigencia de la proporcionalidad de la respuesta penal del Estado es considerada actualmente como implícita en la prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes contenida en el artículo 5º, numeral 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos (Mera Figueroa, op. cit., pág. 96). Es evidente que una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad y extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquel, afecta gravemente la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales en el orden constitucional. (Guillermo J. Yacobucci, El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal. Edit. Abaco, Buenos Aires, 2002, pág. 333 y s.s.)

La Corte Suprema, al igual que en el caso anterior, ha rechazado esta postura, como se verá en fallos transcritos más adelante.

1.3. Sentencias que estima que se vulnera el principio de la determinación objetiva de la responsabilidad penal

La Corte de Apelaciones de San Miguel sostiene esta teoría en la sentencia que se expone a continuación:

Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel. 31 de agosto de 2004, rol 2682-04:

Considerandos relevantes:

“Primero: Que el Tribunal de primer grado, no obstante estimar que se ha configurado en la especie el delito de robo con violencia en grado de frustrado, prescindiendo de la rebaja de penalidad a que se refiere el artículo 51 del Código Penal, ha impuesto al procesado Paul Candia Ortega la pena corporal de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias de rigor;

Segundo: Que, en lo que se refiere a aplicar la norma prevista en el inciso primero del artículo 450 del Código Penal -que la Juez a quo ni siquiera menciona, pero en definitiva al graduar la sanción implícitamente considera-, según la modificación que introdujo la ley N° 17.727 de 1972, esto es castigar como consumado el delito "desde que se encuentre en grado de tentativa", han de evaluarse las diversas repercusiones que tal predicamento produce:

Tercero: Por de pronto, se cuestiona aquel precepto, en primer término porque contraría el principio de tipicidad consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso 8º de la Constitución Política de la República, ya que no se describe expresamente la conducta por él sancionada. Pero ha de consignarse **-como lo ha sostenido reiteradamente gran**

parte de la doctrina y la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal-, que lo único propuesto por el mentado artículo 450, fue enlazar a la descripción del delito, frustrado en este caso, por conexión del tipo previsto en los artículos 432 y 440 del Código Penal, con su complemento del artículo 7 del mismo texto, prescindiendo de la rebaja en un grado establecida para la generalidad de los delitos frustrados por el artículo 51 del Código (Fallo de la Excma. Corte Suprema de 19 de julio de 2001, por vía de casación en el fondo en los autos rol N° 1610-01 de esa Corte). De tal modo, **no se hace patente una infracción constitucional por este motivo;**

Cuarto: Que, asimismo, la denuncia de transgresión al principio de la culpabilidad previsto en el N° 3, inciso sexto, del artículo 19 de la Constitución, en orden a que el inciso 1° del artículo 450 del Código Penal contiene una presunción de derecho de la responsabilidad, se ha resuelto por vía de estimar que "la norma solo está destinada a dar una regla especial sobre la pena que ha de imponerse al autor en los casos de tentativa (o frustración) de robo... la cual ha de ser en tales situaciones igual a la del hecho consumado", en tanto que "Las presunciones, como cualquier otro medio de prueba, tienen por objeto el establecimiento de hechos. Aquí nos encontramos frente a normas que prescriben el derecho aplicable a unos hechos previamente establecidos. Es obvio que unas y otras nada tienen que ver entre sí" (Fallo de la Excma. Corte Suprema de 19 de julio de 2001 en los autos rol N° 1610-2001). Enseguida, se complementa este criterio afirmándose que no cabe hacer diferenciación en términos de reprochabilidad (culpabilidad) entre los delitos tentados o frustrados y los consumados, estimando menos reprochables los primeros, porque sucede que el dolo de tentativa o frustración es equivalente al de la consumación y la reprochabilidad de la conducta tentada o frustrada suele ser superior a la de quién obtiene el resultado deseado. En tanto -también se alude- la doctrina y legislaciones italiana y alemana, a vía de ejemplo, igualmente prescinden de hacer alguna diferencia en aquel sentido (Fallo de la Excma. Corte Suprema de 15 de julio de 2004 en autos rol N° 2369-2004);

Quinto: Que, no obstante, y reconocida la circunstancia de que a fin de cuentas la norma en estudio suele conducir a "consecuencias prácticas exageradas" o "resultados decididamente inaceptables", **ello obliga a estos sentenciadores a discernir sobre la vulneración de otros principios igualmente fundamentales y reconocidos en nuestra legislación, aún de rango constitucional, y en los tratados internacionales, declaraciones y compromisos asumidos por el Estado chileno y que deben respetarse en el ejercicio de la función jurisdiccional, ante todo por supremacía normativa;**

Sexto: Que es así como la misma Carta Fundamental vigente del año 1980, en el inciso 5°, del N° 3 del artículo 19, impone la obligación de que se brinden las garantías de un justo y racional procedimiento, y hace patente el deber de los órganos del Estado, en especial de los Tribunales de Justicia, para resguardar en el ejercicio de las potestades jurisdiccionales, que en la individualidad de la pena se respeten ciertos derechos o garantías substanciales mínimas, esto es -ya se enunció los principios rectores del debido proceso, la formulación de una sentencia informada en aquellos principios con los resguardos que impidan los errores y abusos y, en la perspectiva que nos ocupa, la aplicación de una sanción condigna y proporcionalmente retributiva al hecho reprochado en armonía con el sistema jurídico todo, especialmente punitivo, de tal modo que no se produzcan odiosas y perjudiciales discriminaciones y resultados exagerados e inaceptables (principio de la igualdad ante la ley contenido en el N° 2 del artículo 19 de la Constitución), las más de las veces ocasionados por desconocerse precisamente las

garantías y derechos que el propio ordenamiento jurídico ha ido incorporando con el avance de la civilización, en resguardo del individuo en su relación con el Estado;

Séptimo: Que este imperativo se refuerza con el reconocimiento constitucional explícito consagrado en el artículo 5 de la Carta Política, en orden a que **"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados..."** no solo por la Constitución, sino como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes;

Octavo: Que, en esta perspectiva, y en la vinculación voluntad-resultado material producido, ya en los orígenes del Código Penal al discutirse la redacción del inciso tercero del artículo 1º, en cuanto al necesario dolo y penalidad de la conducta se dijo sobre la proporcionalidad de la sanción que **"si resultare un hecho más grave que el proyectado solo se imponga la pena que a éste corresponde, pero si el delito efectivo fuese menor que el que pensó cometer, únicamente se aplique la pena merecida por el hecho real"** (Comisionado Sr. Fabres, Actas de la Comisión Redactora, sesión 116 de 14 de marzo de 1873);

Noveno: Que lo mismo fue erigido como principio rector en nuestro continente, a través de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948, cuando al establecerse el principio de inocencia en su artículo 26 signado como "Derecho a Proceso Regular" se recalcó que toda persona tiene derecho a "ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo a leyes pre-existentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas";

Décimo: Que sobre la imperatividad de la Declaración Internacional precedentemente enunciada, es útil recordar la opinión de la profesora Cecilia Medina Quiroga (en el texto Constitución, Tratados y Derechos Esenciales, editado en 1993), quien entiende que la modificación que al artículo 5 de la Constitución introdujo la ley N° 18.825 de 1989 solo vino a complementar la redacción anterior y, por lo mismo, no pudo restringir el alcance que ya tenía del límite que representaba para la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanaban de la persona, de suerte tal que solo se pretendió dar realce a aquellos derechos ya consagrados en la Constitución o en los Tratados, sin excluir la regulación de otros derechos esenciales que pudieren ser reconocidos como tales al margen de esos textos, ya sea por medio de principios, derecho consuetudinario o declaraciones de carácter internacional;

Undécimo: Que el mismo predicamento se encuentra esbozado en el trabajo que realizó la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en junio de 1974, donde el comisionado Jaime Guzmán Errázuriz refiriéndose a la redacción del que pasó a ser el artículo 5 de la Carta de 1980 señaló que el límite fundamental a la soberanía era el respeto a los **"derechos que arrancan de la naturaleza humana"** y en verdad éste era **"el único límite a la soberanía desde un ángulo objetivo, habida consideración que él debe proyectarse conceptualmente a la noción de bien común"**, de tal modo que aún cuando esos derechos no estén en el texto constitucional "no por eso una disposición jurídica cualquiera que atentara indebidamente en contra de ellos, dejaría de ser ilegítima" (sesión 49 de 27 de junio de 1974);

Duodécimo: Que en similar sentido y acudiendo a la supremacía de declaraciones de principios supranacionales se ha pronunciado recientemente la

jurisprudencia del más alto Tribunal, cuando al analizar las proyecciones del principio de la culpabilidad a que alude el inciso 6º del N° 3 del artículo 19 de la Constitución sobre las presunciones de tráfico del inciso 2º del artículo 5 de la ley 19.366, afirma que "cobra plena aplicación aquel principio que emana de la naturaleza humana, que constituye un límite al ejercicio de la soberanía, como hemos señalado con anterioridad, proclamado en la Declaración (Universal) de los Derechos Humanos..." (Fallo de la Excm. Corte Suprema de 12 de julio del año 2001, conociendo de un recurso de casación en el fondo en la causa rol N° 3613-00 de ese Tribunal);

Decimotercero: Que, en consecuencia, aún cuando pueda aceptarse lo estéril que resulta la crítica al artículo 450 del Código Penal, por vía de su transgresión a los principios de tipicidad y culpabilidad reconocidos en la Ley Fundamental (como lo aclaran las sentencias ya citadas de la Excm. Corte Suprema de 19 de julio de 2001 y de 15 de julio de 2004), del mismo modo **ha de aceptarse que su aplicación violenta los otros principios antes enunciados y reconocidos por el Estado chileno, produciéndose efectos punitivos desproporcionados, exagerados, y, con ello, injustos;**

Décimocuarto: Que, en efecto, tales principios vulnerados puede decirse que emanan de uno solo y general: **el de la determinación objetiva de la responsabilidad penal**, por el que el ordenamiento jurídico sobre la base de criterios generales pretende que la individualidad de la pena sea el resultado de la interrelación armónica de tales presupuestos evitando generar distorsiones o tratamientos discriminatorios injustificados para diversos sujetos en igualdad de condiciones. Se efectúan así distinciones relativas al ilícito penal y atendiendo al iter criminis según el desarrollo de la acción, sea de tentativa, consumación o frustración, o bien respecto del grado de participación, entre otros;

Décimoquinto: Que precisamente tales reglas generales que inspiran la codificación penal y predeterminan objetivamente la retribución estatal a las conductas ilícitas, tienden a evitar la existencia de conflictos entre normas jurídicas que preceptúen distintas soluciones ante idénticas situaciones, determinando que ante la incompatibilidad de las disposiciones se prefiera aquellas más conformes a dichos lineamientos generales, sobre la base siempre de no afectar arbitrariamente, como se ha dicho, intereses individuales reconocidos, de tal modo de garantizar que en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado no se generen diferencias antojadizas, irracionales y evidentes;

Décimosexto: Que, en estas condiciones, **ha de preferirse racionalmente las normas de aplicación general que objetivan y hacen tolerable el ius puniendi estatal, cuando la legislación particular contraría los principios y directrices que inspiran el sistema todo, porque precisamente a éstos cuando resguardan cuestiones fundamentales el mismo orden jurídico les reconoce un valor supra legal o nacional que legitima la aplicación de ese sistema;**

Decimoséptimo: Que es evidente entonces, como lo ha reconocido la jurisprudencia del máximo Tribunal, que resulta ser la norma del tantas veces mencionado inciso 1º del artículo 450, fuente de frecuentes iniquidades y resultados indeseables o inaceptables que contrarían los principios, ya se dijo, de precisión objetiva de responsabilidad penal que contienen los presupuestos globales que individualizarán la pena; también el principio de igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 de la Constitución), puesto que se deja sin aplicación en casos específicos y particulares arbitrariamente acotados la normativa impuesta a la generalidad de los sujetos **y, porque no decirlo, se**

infringen acuerdos multiestadales como vertientes del principio de inocencia, en orden a que sobre la base de leyes pre-existentes se juzgue a las personas sin imponerles sanciones infamantes o inusitadas (artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre); todo lo que tiene carácter preeminente por reconocerlo el propio Estado chileno en la carta fundamental o en declaraciones de connotación supranacional;

Decimoctavo: Que la transgresión anotada al principio de la igualdad se hace patente, a la vez, sobre la base de la discriminación que se produce por concurrir en este caso tres supuestos o requisitos: **a)** los hechos descritos denotan la existencia de un trato diferencial, **b)** tal distinción no responde a una justificación objetiva y razonable, teniendo en cuenta los fines y efectos de la medida en consideración, y **c)** no existe una razonable proporcionalidad entre los medios empleados y los fines perseguidos (Elementos de la discriminación, según la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos, cita del profesor Nicolas Espejo Yaksic en su Trabajo "La interpretación amplia de la no-discriminación a la luz del principio de la igualdad, un enfoque utilitarista del interés público"). A nadie escapa, como lo dice un autor, que el objetivo intimidatorio de la amenaza penal para esta clase de delitos frustrados o tentados, tiene una eficacia insignificante que no compensa las desventajas que implica la distorsión del sistema;

Decimonoveno: Que a igual resultado se llega desde la perspectiva de la derogación de la norma legal cuestionada por otras de mayor rango y posterior vigencia que contienen los principios descritos, sea directamente en la Constitución Política de la República, o en tratados o declaraciones internacionales ratificadas y vigentes en Chile, según remisión del artículo 5 de la Carta Política de 1980, modificada en 1989;

Vigésimo: Que por todo lo anterior no corresponde hacer aplicación de lo dispuesto en el tanta veces citado artículo 450 del Código Penal, de tal modo que la penalidad se impondrá, atendido el grado de desarrollo del delito, en los términos de lo reglado en los artículos 51 y 68 del mismo cuerpo legal y considerando, a la vez, que el encartado se presenta con una atenuante sin agravantes de responsabilidad..."

1.4. Sentencias que estiman inaplicable el inciso primero del artículo 450 del Código Penal a determinados delitos

Se exponen dos sentencias de Tribunales Orales en Lo Penal, que estiman que, respectivamente, no se aplica esta disposición al robo por sorpresa ni al robo con fuerza en las cosas cuando opera la presunción del artículo 444 del Código Penal.

Sentencia del Tribunal Oral en Lo Penal de Valparaíso, 18 de julio de 2005, rit 81-05.

Considerandos relevantes:

“UNDÉCIMO: Que, en efecto, el abogado defensor pidió que, atendido el grado de desarrollo del delito, éste debía sancionarse de conformidad a lo prevenido en el artículo 51 del Código Penal, esto es, la pena asignada al delito rebajada en un grado por la frustración y, en consecuencia, no correspondía aplicar el artículo 450 inciso 1° del texto legal señalado porque esa disposición se estableció únicamente para delitos graves como el robo con violencia y el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación, porque si bien el delito de robo por sorpresa quedó enquistado en el párrafo segundo del Título IX del Libro II, ello aconteció por una inadvertencia del legislador, porque el robo por sorpresa es un hurto agravado. Además citó una sentencia de 28 de junio de 2005 de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, en que se determinó su inaplicabilidad, por no haberse descrito expresamente como delito la tentativa de un robo con fuerza en las cosas, que este interviniente asimiló al robo por sorpresa frustrado, en el que el legislador no se encontraba obligado a un precepto legal entonces inexistente y por encontrarse virtualmente derogado por el artículo 19 n°3 de la Constitución Política de la República, al omitir el artículo 450 la descripción del ilícito. El Ministerio Público se opuso a esta alegación señalando que el párrafo segundo citado se contenía el delito de robo por sorpresa y, en consecuencia, debía aplicarse el artículo 450 del Código Penal.

Que, este Tribunal concuerda con lo aseverado por la defensa y sancionará el ilícito rebajando en un grado la pena asignada al delito consumado de conformidad a lo estatuido por el artículo 51 del Código Penal, teniendo para ello presente las razones que a continuación expresan:

a) Que, el inciso 1° del artículo 450 del Código Penal, dispone que “Los delitos a que se refiere el párrafo 2 y el artículo 440 del párrafo 3 de este título (IX del Libro II) se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”.

b) Que, no cabe duda a que se refiere con la cita del artículo 440 del párrafo 3, pues es un solo artículo en que se consagra el delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación, sin que ocurra lo mismo con la cita que efectúa al párrafo 2, el que engloba una serie de conductas, todas ellas, bajo el epígrafe de “Del robo con violencia o intimidación en las personas”. De esa denominación debiera deducirse que todas las conductas que allí se contienen son una derivación o especie de robo con violencia o intimidación en las personas y, al parecer ello así acontece con el artículo 433, que establece el robo calificado, el 434 que sanciona la piratería, delito que obviamente sólo puede cometerse bajo alguna de esas modalidades, el 436 inciso 1°, que regula el robo con violencia o intimidación puro y simple, el 438 se refiere a la utilización de la violencia o intimidación para defraudar a otro y finalmente el artículo 439 explica las formas en que se puede traducir la violencia o intimidación;

c) Que sin perjuicio de lo que se indicará respecto de las características del delito de robo por sorpresa que lo diferencian del robo con violencia o intimidación, debemos dejar establecido que el primero, al estar sancionado con una pena de presidio menor es, de acuerdo a lo previsto en el artículo 21 del Código punitivo, un simple delito, circunstancia que pareciera escapar al criterio utilizado por el legislador en el citado inciso del artículo 450, puesto que allí se incluyó, además de los del párrafo 2°, el consagrado en el artículo 440, esto es, al robo en lugar habitado o destinado a la habitación, que tiene pena de crimen, excluyendo, por cierto, a los restantes simples delitos del párrafo 3° del Título IX del Libro II y a los hurtos del párrafo 4°, delitos que si comprendía esa norma con antelación a la Ley 17.727.

d) Que, el artículo 19 del Código Civil, incluido en el párrafo 4° del Título Preliminar de dicho Código, que establece las reglas de interpretación de la ley, ordena no desatender el tenor literal de éstas, a pretexto de consultar su espíritu cuando su sentido es claro; pero autoriza a consultarlo cuando, en aquellos casos en que, según las razones que se dieron precedentemente, el intérprete estime que el tenor literal de la norma, como ocurre con el inciso 1° del artículo 450, no es claro, más aún, según los parámetros planteados, dicha norma contiene una expresión obscura, al referirse a un párrafo que se denomina “robo con violencia o intimidación en las personas” y contener dentro de su catálogo de delitos un ilícito penal respecto del cual no se utiliza la violencia o intimidación, como es el robo por sorpresa, un simple delito cuya gravedad, según lo demuestra su forma de comisión y la sanción con que se castiga, es de mucha menor entidad que los crímenes a que pareciera referirse esa norma, por lo que debe recurrirse, para explicarla, a su intención o espíritu que, en este caso, sólo podemos hallarla en la historia fidedigna de su establecimiento.

e) Que, en primer lugar, atenderemos a ella para entender porque el legislador incluyó el delito de robo por sorpresa dentro del título denominado “robo con violencia o intimidación en las personas”, así como la diferencia entre ambas figuras penales que la misma historia de su establecimiento nos revele. El análisis de dicho elemento de hermenéutica evidencia que el propósito legislativo, la ratio legis, fue transformar lo que hasta ese momento había sido una mera circunstancia agravante en un delito autónomo, plenamente asimilado al robo y sancionado con igual marco penal. En el informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, presentado en la sesión del 11 de agosto de 1953, se expresa lo siguiente, con respecto al artículo 41 del proyecto de ley, que en definitiva se tradujo en la ley 11.625: “el inciso segundo de este artículo configura un delito especial, que técnicamente es hurto, pero que pasa, en virtud de esta disposición a ser considerado como robo y es el que comúnmente practican los individuos llamados “lanzas”, que se aprovechan de las aglomeraciones para hurtar la cartera u otros objetos de valor, procediendo por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión. Posteriormente, en la Sesión Extraordinaria de dicha Cámara, celebrada el 28 de octubre del mismo año, el Diputado señor Juan Eduardo Puentes indicó: “Por esta ley se crean varios tipos nuevos de delitos que es necesario señalar. En primer lugar, tenemos la creación de un delito que debería, frecuentemente, ser hurto y que, sin embargo, va a ser robo, por un concepto que los estudiosos tienen sobre su naturaleza, me refiero con las penas señaladas en el inciso anterior, la apropiación de dinero, alhajas, ropas u otros objetos que los ofendidos lleven consigo, cuando se proceda por sorpresa o aparentando riñas, en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento y confusión. Esto, prácticamente podría considerarse como un delito de hurto, porque la esencia del robo, hasta aquí ha sido apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucro y cuando se ejecuta con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas. Ordinariamente estos delitos se ejecutan por sorpresa y debido más bien a la habilidad del delincuente que, se aprovecha de las aglomeraciones, por ejemplo. Pero se ha considerado que, atendida la forma habitual de ejecución de este delito debe ser considerado, como robo y, en consecuencia, se establece este nuevo tipo en los términos que he señalado”. En el Diario de Sesiones del Senado, Sesión 3ª, Anexo de Documentos, se deja constancia que “El inciso 2° del nuevo artículo 436 configura un delito especial, que técnicamente es hurto pero que pasa en virtud de esta disposición a ser considerado como robo y es el que comúnmente practican los individuos llamados “lanzas”, que se aprovechan de las aglomeraciones para hurtar la cartera u otros objetos de valor, procediendo por sorpresa o aparentando riñas

en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión”. En el Mensaje de la ley N°17.727, que le otorgó al robo por sorpresa su actual redacción, se indicó “Creemos que ambas figuras delictivas (el robo con violencia y el robo por sorpresa) constituyen hechos totalmente diferenciados, tanto por la forma en que se cometen y sus resultados cuanto, por las características de los hechores. En efecto, los autores de robos con violencia o intimidación en las personas normalmente son delincuentes habituales de alta peligrosidad que muchas veces no trepidan en llegar al homicidio para conseguir sus fines; en cambio en el robo por sorpresa, los autores son personas que actúan en base a su rapidez (lanza) preferentemente eligen como víctimas a personas que no portan bienes de un valor exagerado. Resulta, así injusto sancionar con la misma pena dos hechos claramente diferenciados” (Senado, Ord. 1971, Tomo I, Sesión 6ª, 10.06.1971, pág. 348). En la Sesión 42ª, según consta del anexo de documentos, pág. 2011, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, con fecha 20 de diciembre de 1971, expresó que “ Se propone modificar, enseguida, el artículo 436, cuyo inciso segundo sanciona el robo por sorpresa con las mismas penas asignadas al robo ejecutado con violencia o intimidación en las personas (5 años y 1 día a veinte años). Se propone la sustitución de esa penalidad por otra menor (541 días a cinco años), por estimarse que ambas figuras delictivas son totalmente diferentes en la técnica de su comisión y en la peligrosidad de sus agentes, de lo cual debe concluirse que es injusto sancionarlas en igual forma. Concordando con este criterio, la unanimidad de vuestra Comisión aprobó esta modificación”.

Ahora bien, de los párrafos que se han transcritos se desprende nítidamente cual es la diferencia entre ambos tipos penales y la razón que se tuvo para incorporar al robo por sorpresa en un segundo inciso del artículo 436 del Código Penal, ello debido únicamente a que compartían en el proyecto original la pena de crimen, que fue rebajada por la ley 17.727, en el año 1972.

En este sentido, es útil tener presente que para los autores nacionales, este delito pertenece más bien a la órbita del hurto que a la del robo con violencia o intimidación. Don Alfredo Etcheberry señala que el “obrar por sorpresa” no es un concepto enteramente claro, pero que sin duda excluye el empleo de la violencia, salvo la indispensable para arrebatar de las manos, quitar de los bolsillos los objetos sustraídos, procediendo el agente en forma rápida e inesperada para la víctima (Derecho penal, T. III, págs. 265-266). En opinión de Gustavo Labatut, en este delito, en su forma de “rapiña”, la fuerza recae sobre la cosa, no sobre la persona.(Derecho Penal, T. II pág. 221). Para don Mario Garrido Montt, se trata de una figura que tiene características muy especiales, intermedia entre el hurto y el robo, constituyendo jurídicamente un tipo puente entre dos extremos, hurto y robo. En su opinión, “la mantención de este delito en el sistema penal resulta discutible desde una visión político criminal y aun sistemática”. El legislador demostró cierta duda al establecerlo, al partir expresando que se consideraba robo la conducta allí descrita, lo que involucra que no reconoce que sea en realidad robo, sólo lo asimila a esa figura”. (Derecho Penal, Parte Especial, T. IV, pág. 207). Para el profesor Carlos Kunsemüller L., es posible apreciar en el plano dogmático y político criminal una notoria diferencia estructural entre la acción constitutiva del robo (violento o intimidatorio) y la que es propia de la rapiña o apoderamiento sorpresivo. Hay, sin duda, una muy diversa intensidad en el medio de ataque que afecta no sólo a la propiedad, sino además a un bien jurídico personalísimo, como en el caso del robo propiamente tal y sólo el patrimonio del otro, marcándose una clara diferencia en el disvalor de uno y otro acto típico, presentando el contenido de injusto propio del robo con violencia o intimidación una entidad mucho más significativa que la perteneciente al robo por sorpresa. En este último

caso existe un solo derecho agraviado, la propiedad ajena, sin ocasionarse un peligro real y efectivo para la integridad física o seguridad de la víctima. (“Delimitación entre los tipos penales de robo con violencia en las personas y robo por sorpresa”. Gaceta Jurídica N°195, pág. 12 y ss).

f) En segundo lugar, determinaremos si el legislador que cambió el texto del Código Penal, posterior a la modificación introducida por la ley 11.625, tuvo al redactar el inciso primero del artículo 450 del texto penal la intención que éste fuera aplicable al robo por sorpresa. Del Diario de Sesiones antes citado, página 2012, consta que la Comisión de Legislación y Justicia propuso aprobar la modificación al artículo 450, lo que fundó en lo siguiente “La última modificación se refiere al inciso primero del artículo 450, conforme al cual los delitos de robo y/o hurto a que se refiere el Título IX del Libro II se castigarán como consumados desde que se encuentran en grado de tentativa. La modificación consiste en aplicar tal regla sólo a los delitos a que se refiere el párrafo 2 de dicho Título, es decir, los de robo con violencia o intimidación en las personas, en atención a que en la forma actual dicha regla implica un aumento desmesurado de penalidad que, en opinión de los tratadistas, no guardaría relación con la naturaleza e importancia del delito. Se vuelve a la situación anterior a la dictación de la ley 11.625, en que la regla regía sólo respecto de los robos calificados. Estimando conveniente esta modificación os proponemos aprobarla”. Durante la tramitación de esa ley se discutió la extensión de esa norma a los delitos de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación, es así que en la Sesión 50ª del martes 21 de marzo de 1972, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, señala que rechazó dos disposiciones contenidas en el proyecto del Senado, “la segunda de ellas era la que sustituía el inciso primero del artículo 450 del Código Penal, con el objeto de castigar como consumados desde que se encuentran en grado de tentativa los delitos consultados en el Párrafo 2º del Título IX, esto es, el robo con violencia o intimidación en las personas, y no los demás delitos contemplados en el citado Título, como está dispuesto en la norma vigente que se reemplazaba por la modificación acogida por el Senado. En la Sesión 14ª del martes 2 de mayo de 1972 la misma Comisión señaló que “Se aprobó, además, sustituir el inciso primero del artículo 450, que actualmente dispone que se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa todos los delitos de robo o hurto a que se refiere el Título IX del Código Penal, con el objeto de restringir este precepto solamente a los delitos a que se refieren el párrafo 2º y el artículo 440 del Párrafo 3º, es decir, los de robo con violencia o intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencia”.

“En el primer informe, al dar cuenta del rechazo de similar norma, expresamos sus fundamentos para proponerla: se aplican penas desmesuradas, en virtud de este precepto, que no guardan relación con la naturaleza e importancia del delito”. Al informar el proyecto el Diputado señor Tejeda en la página 862 señaló que “el párrafo segundo se refiere al robo con violencia e intimidación de la persona. En este párrafo, tiene penas altas el culpable de robo con violencia e intimidación en las personas sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido, para favorecer su impunidad, será castigado con presidio menor en grado medio a muerte (sic), O sea, tiene de por sí una pena elevadísima. Además, en cierto modo, se considera la tentativa, porque habla de una intimidación a la persona antes de producirse el robo”.

Obviamente que los textos transcritos en los párrafos precedentes, permiten dilucidar inequívocamente que la intención del legislativo al referirse a los delitos

del Párrafo 2° (del Título IX), fue estimar como consumados desde que se encuentran en grado de tentativa, únicamente a los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas y no al robo por sorpresa, que como dijimos no comparte ninguna de las características de los primeros, ya sea en su forma de comisión, intención del agente, bienes jurídicos lesionados y gravedad de la conducta, de manera que, no vale sino concluir que esa norma no se aplica al delito de marras, por lo que, la pena establecida para este delito consumado debe rebajarse en un grado, según lo dispone el artículo 51 del Código Penal, por encontrarse en grado de frustrado según ya se dejó establecido”.

Sentencia del Tribunal Oral en Lo Penal de Concepción. 10 de mayo de 2007, rit 78-07.

Considerandos relevantes:

“SEGUNDO: Los hechos objeto de la acusación son los siguientes:

Hecho N°1: “ El día 08 de septiembre de 2006, alrededor de las 20:45 horas, el acusado Vásquez Durán ingresó con la finalidad de sustraer especies del inmueble de propiedad de doña Ursula Friederike Angne Krapp, ubicado en calle Parlamento Negrete N° 65, Villa San Pedro, comuna de San Pedro de la Paz, para lo cual escaló la pared perimetral del inmueble para luego introducirse por una ventana del baño del segundo piso, siendo sorprendido por los moradores y detenido por Carabineros.”

Hecho N° 2: “Que el día 08 de septiembre de 2006, alrededor de las 20:45 horas el acusado Vásquez Durán fue detenido por Carabineros en el interior del domicilio, ubicado en calle Parlamento Negrete N° 65, Villa San Pedro, comuna de San Pedro de la Paz. Al momento de su detención llevaba consigo un billete de un dólar perteneciente a don Juan Sepúlveda Fernández, quien ese mismo día fue víctima de un robo al interior de su casa, donde dentro de las especies robadas estaban este billete y dos talonarios de cheques del Banco de Chile. El acusado no podía menos que saber el origen ilícito de dichas especies.”

Según el Ministerio Público, los hechos descritos configuran el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1, en relación al artículo 432, ambos del Código Penal, en grado de desarrollo frustrado, y el delito de receptación, previsto y sancionado en el artículo 456 bis A del Código Penal, en grado de desarrollo consumado, respectivamente; correspondiéndole al acusado participación en calidad de autor, en ambos ilícitos, de conformidad al artículo 15 N° 1 del Código Penal.

A juicio del Ministerio Público, respecto del acusado no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Solicita que en mérito de lo señalado, se le imponga al acusado la pena de cinco años y un día de presidio mayor en grado mínimo y la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, respectivamente, más las accesorias legales correspondientes y costas de la causa.

En su alegato de apertura la Fiscal del Ministerio Público, aseguró que durante el juicio se acreditará a través de la prueba a presentar- que comentó y analizó- los hechos fundantes del libelo acusatorio y la participación del acusado en ellos.

OCTAVO: Que, ahora bien, ponderando con libertad los elementos de prueba producidos por los intervinientes en el juicio oral, este tribunal ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, que se encuentran acreditados los siguientes hechos:

Hecho N°1: Que, el 8 de septiembre de 2006, alrededor de las 20:45 horas, el acusado Felipe Andre Vásquez Durán, ingresó a la casa habitación de Ursula Angne Krapp y Elsa Vera Pávez, ubicada en calle Parlamento Negrete N° 65, Villa San Pedro, comuna de San Pedro de la Paz- la que se encontraba momentáneamente sin sus moradoras- escalando la pared perimetral del inmueble y luego se introdujo por una ventana del baño del segundo piso, siendo sorprendido y detenido en su interior.

Hecho N° 2: Que, el 8 de septiembre de 2006, alrededor de las 20:45 horas, el enjuiciado Vásquez Durán, fue detenido por carabineros en el interior del domicilio ubicado en calle Parlamento negrete N° 65, Villa San Pedro, comuna de San Pedro de la Paz, llevando consigo un billete de un dólar perteneciente a Juan Sepúlveda Fernández, quien ese mismo día, desde el interior de su casa le robaron especies, dentro de las cuales estaba este billete y dos talonarios de cheques del banco Chile. El acusado no podía menos que saber el origen ilícito de dicha especie.

DÉCIMOTERCERO: Que, si bien el Ministerio Público acusó al procesado como autor del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, en grado de frustrado, cabe tener presente que la naturaleza del mismo y su grado de desarrollo corresponde establecerlo al tribunal llamado a resolver la causa, el cual ha determinado la existencia del ilícito contemplado en el artículo 444 del Código Penal, vale decir, una tentativa de robo en lugar destinado a la habitación, como quiera que el ente acusador justificó, más allá de toda duda razonable que el inculcado se introdujo a la casa habitación de las ofendidas – que se encontraba momentáneamente sin su moradoras- mediante escalamiento, desde que entró al lugar escalando la pared perimetral y luego se introdujo por una ventana del baño del segundo piso. Por consiguiente, concurren en este caso todos los elementos descriptivos del tipo que consagra el referido artículo 444, sin que se hubiere probado suficientemente que el agente hubiere realizado actos concretos sobre especies muebles determinadas a partir de las cuales fuere posible concluir la aplicación directa de etapas imperfectas de comisión del delito establecido en el artículo 440 del mismo código. **En efecto, teniendo en cuenta que la figura del artículo 444 es eminentemente de carácter residual de frente a la regla del artículo 440, ello significa que sólo puede aplicarse una vez descartada la aplicación de este último precepto. Pues bien, en la situación sub litis no hay antecedentes de los cuales pueda inferirse la ejecución imperfecta de actos apropiatorios determinados sobre cosas muebles específicas, y, en razón de esto, y concurriendo los supuestos legales del caso, únicamente es conducente sancionar por la vía del mencionado artículo 444, máxime que aquí nada conlleva a colegir que la intención del acusado hubiere sido una distinta que la destinada a sustraer especies. Sobre este tópico, no está demás reflexionar que el precepto del artículo 444, como lo ha sostenido la doctrina autorizada, recoge una máxima de experiencia, en el sentido que quien ejecuta alguna de las conductas que esa disposición señala ha actuado motivado por un ánimo apropiatorio.**

En resumen, en la especie se han acreditado, más allá de toda duda razonable, todos y cada uno de los extremos que hacen posible la aplicación de la presunción que contempla el aludido artículo 444, toda vez que no existe probanza alguna que se haya rendido en el juicio tendiente a justificar la versión del encartado en cuanto adujo haber entrado hasta el segundo piso de la casa donde fue habido motivado en que lo venían siguiendo unos sujetos para agredirlo, vale decir, un hipotético estado de necesidad. Es verdad, que la testigo Elsa Vera Pávez dijo haber visto a dos sujetos en la vía pública, los que incluso le hablaron; sin embargo, ello no es suficiente para cohonestar los asertos del imputado, máxime si se tiene en cuenta que para lograr esa supuesta fuga bastaba que entrase al patio de la casa saltando el cerco, mas no ingresar al segundo piso a través de la ventana de un baño.

DÉCIMO CUARTO: Que, ahora bien, estando en presencia de la figura residual del artículo 444 del Código Penal, no corresponde aquí aplicar la norma del inciso 1° del artículo 450 del mismo código, sino que la regla general del artículo 52 del citado texto, porque se trata de un tipo desligado del descrito en el artículo 440 y, por ende, escapa de la numeración expresa que refiere el citado artículo 450. Así por lo demás, lo ha resuelto nuestra Excm. Corte Suprema por sentencia de reemplazo de fecha 17 de enero de 2006, en causa Rol 3077-05.-

No está demás hacer presente aquí que la aplicación del mencionado artículo 444 no significa una vulneración al principio de inocencia que protege al inculcado, toda vez que este tribunal a partir de la prueba rendida en el juicio dio por justificados todos los elementos que constituyen dicha figura penal y mediante un procedimiento de inferencia se llegó a la conclusión que correspondía aplicar dicho precepto legal. Luego, no se ha hecho una mera aplicación lisa y llana de la presunción legal, sino que, además, se acreditaron más allá de toda duda razonable todos sus elementos”.

1.5. Sentencias que estiman parcialmente derogado el inciso primero del artículo 450 por la ley 20.084

La derogación parcial de este artículo por el artículo 22 de la Ley N° 20.084 se admitió por la jurisprudencia ya desde su período de vacancia legal, tal como se aprecia en otro pasaje de la ya citada sentencia del Tribunal Oral en Lo Penal de Talca:

Sentencia del Tribunal Oral en Lo Penal de Talca. 31 de octubre de 2006, rit 36-06.

Considerandos relevantes:

“DÉCIMO OCTAVO Que, en el delito de robo con fuerza en lugar habitado en perjuicio de Aladín Acevedo Castro, la etapa imperfecta de desarrollo será efectivamente considerada y se rebajará, en consecuencia, la pena en dos grados respecto de ambos acusados, en virtud de los fundamentos que se señalan a continuación.

En cuanto al imputado adolescente, Morales Cáceres, pensamos que **resultan desde ya aplicables las normas de determinación de pena establecidas en forma imperativa en la Ley N° 20.084, específicamente en su artículo 22, al señalar que se “aplicarán” sin excepciones, en ese sistema penal especializado y privilegiado para adolescentes, las normas de determinación contenidas en el párrafo 4° del Título III del Libro I del Código Penal, dentro de las cuales se encuentra el artículo 52, que disminuye en dos grados la pena en abstracto para el autor de tentativa, por razones de proporcionalidad.**

La aplicación al caso concreto de esta ley, no obstante su vacancia, se impone en atención a lo señalado en los artículos 19 N° 3 inciso séptimo de la Constitución Política de la República y 18 del Código Punitivo, pues dicho texto se encuentra promulgado y publicado, conteniendo una clara manifestación de la voluntad soberana en orden a la consideración efectiva del principio de proporcionalidad.

En consecuencia, estimamos que el artículo 450 inciso 1° del Código Penal ha sido derogado, para el sistema de juzgamiento criminal de adolescentes, por una norma – promulgada y publicada - de carácter especial y posterior...”

El mismo tribunal se extiende en el mismo sentido:

Sentencia del Tribunal Oral en Lo Penal de Talca. 07 de mayo de 2006, rit 123-05.

Considerandos relevantes:

“DUODÉCIMO: Que, siendo el acusado Benavides Valdés un menor de 18 y mayor de 16 años, a la época de comisión del ilícito, corresponde arreglar su juzgamiento a lo prevenido en la Ley N°20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, ya que dicho cuerpo legal permite aplicarle una sanción menos rigurosa, como lo autoriza el artículo 18 del Código Penal y 19 N°3 de la Constitución Política de la República, ya que tales normas sólo exigen para ello que la nueva ley se encuentre promulgada, lo que aconteció en la especie el día 28 de noviembre de 2005, siendo publicada en el diario Oficial el 7 de diciembre del mismo año.

En efecto, el mencionado cuerpo legal, estatuye en su artículo 24, los criterios privilegiados que deben ser tenidos en consideración para determinar la naturaleza de las sanciones, a los que se debe atender, con prescindencia de cualquier otra norma que sobre el particular contenga el Código Penal, por tratarse de una ley especial que sólo hace aplicables las disposiciones del mencionado Código, cuando así lo dispone expresamente y, en forma supletoria, en lo no previsto por la nueva ley. De este modo, cabe tener en consideración que el apartado final de la letra b) del citado artículo 24 de la Ley N°20.084, dispone que en la determinación de la pena se debe considerar el grado de ejecución de la infracción, lo que excluye la posibilidad de aplicar en la especie la regla contenida en el artículo 450 del Código Punitivo, pues dicha norma contraviene el texto

expreso de la antes referida, haciendo más gravosa la situación del menor infractor; lo que no se condice, además, con los principios que inspiran la ley en comento...

DÉCIMO OCTAVO: Que, en armonía con lo establecido en el fundamento décimo segundo, tratándose en la especie de un delito de robo con fuerza en las cosas cometido en lugar destinado a la habitación, sancionado con presidio mayor en su grado mínimo, para establecer la pena que corresponde al menor Benavides Valdés, se estará en primer término a lo preceptuado en el artículo 21 de la Ley N°20.084 y, en consecuencia, se entenderá que la pena signada dicho delito, en este caso, es la inferior en un grado al mínimo señalado por la ley, es decir, la de presidio menor en su grado máximo. De otro lado, conforme a los criterios establecidos en el artículo 24 del mencionado cuerpo legal, dado que el ilícito se perpetró en grado de tentativa, procede rebajar en dos grados la pena antes referida, quedando, en consecuencia, en la de presidio menor en su grado mínimo. De este modo, para establecer su magnitud, se tendrá en consideración, además, la gravedad del delito que se le atribuye, la calidad en que participó, la no concurrencia de modificatorias de responsabilidad, la circunstancia que tenía 16 años a la fecha del hecho, la extensión del mal causado a la familia de la víctima y la idoneidad de la sanción para fortalecer los derechos y libertades de las personas”.

2. Sentencias que aplican el inciso primero del artículo 450 del Código Penal

Como se ha anticipado, la Corte Suprema ha sostenido invariablemente la plena constitucionalidad del inciso primero del artículo 450 del Código Penal. En primer lugar se presenta una sentencia en que la Corte Suprema rebate la tesis de que se vulnere por esta disposición el Principio de la Culpabilidad:

Sentencia de la Corte Suprema. 20 de diciembre de 2006, rol 5019-2006:

Considerandos relevantes:

“Santiago, veinte de diciembre de dos mil seis.

VISTOS:

Por sentencia de dieciséis de septiembre de dos mil seis, dictada en estos autos RIT 41 " 2006, RUC 0600207719 " K, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, fue condenado FERNANDO JAVIER MALDONADO TRIVIÑO, ayudante de jornalero, veintiún años de edad, estudios básicos completos, sin antecedentes, por su responsabilidad de autor del delito de robo con violencia causando lesiones leves, en grado de tentativa, previsto en el artículo 436, inciso 1°, del Código Penal, ocurrido el veinticinco de marzo del año en curso, a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e

inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas del pleito.

En contra de esta decisión, el abogado defensor señor Pedro Vega Guedeney dedujo recurso de nulidad, arbitrio que sólo fue declarado admisible por la causal subsidiaria del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, por haberse invocado errónea aplicación del derecho, en armonía con la interpretación del artículo 450, inciso 1°, del Código Penal, por cuanto en su concepto dicha disposición se encuentra derogada por normas constitucionales y de derecho internacional, de lo que infiere que la sanción a regular en la especie es la de presidio menor en su grado mínimo, al haberse considerado que a su favor concurre la atenuante del artículo 11, N° 6°, del Código Penal, la que fue estimada como muy calificada.

Asimismo, y en subsidio, sostiene que ha mediado error de derecho en concordancia con el principio de congruencia, en cuanto a la calificación de los hechos como robo con violencia, toda vez que no existe conexión entre los actos del enjuiciado y alguna de las hipótesis del artículo 439 del Código Penal, pues la violencia debe ser ejercida en relación funcional con la apropiación, ví Asimismo, y en subsidio, sostiene que ha mediado error de derecho en concordancia con el principio de congruencia, en cuanto a la calificación de los hechos como robo con violencia, toda vez que no existe conexión entre los actos del enjuiciado y alguna de las hipótesis del artículo 439 del Código Penal, pues la violencia debe ser ejercida en relación funcional con la apropiación, vínculo que no fue imputado, investigado, comprobado, ni objeto de formalización por el órgano acusador, por lo que, la adecuada calificación de los hechos se enmarca en el ilícito de violación de morada en concurso medial con el delito de hurto en grado de tentativa y lesiones del artículo 494, N° 5°, del mismo cuerpo legal, a lo que se asocia una pena de cuarenta y un días de prisión en su grado máximo y multa de media unidad tributaria mensual, castigo que debió declararse cumplido con el mayor tiempo que el agente se encuentra privado de libertad.

Fijado día y hora para la vista del recurso, se procedió a ella con la asistencia de los intervinientes el treinta de noviembre recién pasado, siendo éstos notificados a su conclusión de la audiencia de lectura de sentencia para el día de hoy.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por el primer capítulo de nulidad, asilado en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, se ha reclamado la errónea aplicación del artículo 450, inciso 1°, del Código Penal, al alegar que dicho precepto aparece derogado por la normativa constitucional y de derecho internacional, por ser aquél atentatorio del principio de igualdad en la determinación objetiva de la responsabilidad penal, conforme al cual la sanción debe ser el resultado de la determinación de criterios generales, evitando distorsiones o tratamientos discriminatorios e injustificados para diversos sujetos en igualdad de condiciones, situaciones que de producirse, han de determinar la imposición de aquellas reglas generales que objetivan y hacen tolerable el ius puniendi estatal. De ello infiere asimismo que la aplicación de tal precepto conculca el debido proceso en cuanto a la necesidad de un castigo proporcional y condigno con los hechos.

SEGUNDO: Que, desde luego, debe tenerse en cuenta que la decisión impugnada por el recurso, hizo uso del artículo 450, inciso primero, del Código Penal, con arreglo a los racionios que expone en su basamento décimo noveno, acápite final, de acuerdo con

la doctrina sentada por esta Corte Suprema, desestimando de ese modo lo pretendido por la defensa en orden a que dicha disposición ha quedado derogada.

TERCERO: Que tal proceder y que sirve de sustento a la causal de nulidad en análisis, no importa, como lo plantea el recurrente, incurrir en errónea adaptación del derecho, por estar dicho precepto derogado al entrar en colisión con cánones constitucionales o de derecho internacional, puesto que **por ella se reprime con mayor drasticidad una conducta que en concepto del órgano legislativo es merecedora de tal castigo, constituyendo en sí una regla reguladora de la pena, de carácter especial, y por ende con preeminencia sobre la normativa común que rige la materia, pero con alcances generales respecto de las acciones típicas que el mismo precepto describe, respecto de una determinada categoría de delitos, que no obstante su imperfecto estado de desarrollo, el legislador ha estimado, por razones de política criminal, reprimirla con la sanción asociada al delito consumado, sin que ello importe, transgredir el principio de igualdad ante la ley, ya que tal disposición es de aplicación para todos aquellos que se encuentren en idéntica situación, sin establecer diferencias o discriminaciones de ninguna índole, norma que por lo demás representa caracteres de objetividad insoslayables para los sentenciadores.**

Tampoco puede sostenerse que dicho precepto importe vulneración del debido proceso, dado que el juzgamiento y condena del encausado se produjo en un procedimiento y por un tribunal previamente establecido, sin que se visualice alguna infracción al artículo 19, N° 3°, inciso 5°, de la Constitución Política de la República, derivada de la aplicación obligatoria para los jueces de una regla vigente.

CUARTO: Que, por lo demás, y respecto de la culpabilidad y proporcionalidad de la pena, conviene recordar la antigua argumentación de Carrara ("Programa de Derecho Criminal, Parte General", Bogotá, 1956, volumen I, parágrafo 355, páginas 355 y siguientes), el cual afirma que si la escuela francesa tendía a favorecer la equiparación entre la punibilidad de la tentativa y el delito consumado, se debía a que para ella lo que se castiga en el injusto es "la intención malvada, siempre que se manifieste en actos exteriores". "Al contrario", continua más adelante, "la escuela predominante en Italia castiga en el delito un hecho acompañado de intención malvada, por lo cual la parte material asume los caracteres de elemento del delito". Como algo falta en este último elemento "el material- la escuela italiana se pronuncia por la diferenciación de las penas, que, en el caso de la tentativa tiene que ser inferior a la del delito consumado. Dicho de otro modo: el gran jurista italiano pensaba que precisamente quienes ponen el acento en la culpabilidad " "la intención malvada"- parecen ser quienes aceptan con más facilidad que la pena del delito consumado y la de la tentativa sean iguales.

QUINTO: Que así, por otra parte, lo demuestra la situación de la legislación alemana en esta materia. Ese ordenamiento jurídico, en efecto, es uno de los que acogen más clara y decididamente el principio de culpabilidad. Ahora bien, el parágrafo 23 (2) del Código Penal Alemán estatuye que "la tentativa puede ser penada más benignamente que el hecho consumado" conforme a lo prescrito en el parágrafo 49 (1). **Es decir, la aminoración de la pena de la tentativa es, para el juez alemán, sólo una facultad, de la que puede o no echar mano según su apreciación de las circunstancias. Nadie en Alemania ha pretendido jamás que, cuando el tribunal equipare las penas, esté violando el principio de culpabilidad.**

SEXTO: Que, por lo demás es menester tener igualmente presente que **los distintos grados de desarrollo del delito, no importan que aquellos estados imperfectos, necesariamente sean merecedores de un menor castigo, por cuanto en muchos casos, en estos últimos, el dolo de la conducta puede ser acreedor de igual reproche que el delito consumado, o incluso ocasionalmente, superior a la de quien obtiene el resultado deseado.** Es así como nadie pondrá en duda que un delito de robo con fuerza en las osas consumado, cometido en un estado de necesidad incompleto "por existir supongamos, otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el mal que amenaza- por un autor que goza de irreprochable conducta anterior, es menos censurable que el mismo delito intentado, sin éxito, por un reconvicto contumaz, en la humilde choza en que mora una anciana viuda. Si en el ejemplo canónico de Frank del cartero y el cajero (Frank, Reinhard: "Sobre la estructura del concepto de culpabilidad", Montevideo " Buenos Aires, 2000, 2, página 28), el delito del último hubiese quedado en estado de tentativa, siempre habría sido más reprochable que el del primero. Entonces la menor punibilidad de la tentativa nada tiene que ver con la medida de la culpabilidad y sólo depende de una decisión político " criminal del legislador".

La Corte Suprema revocó también el fallo antes citado de la Corte de Apelaciones de San Miguel en el que se consideraba vulnerado el principio de la determinación objetiva de la responsabilidad penal:

Sentencia de la Corte Suprema. 25 de enero de 2005, rol 2682-04:

Considerandos relevantes:

“Teniendo presente:

Primero. Que el recurso de casación en el fondo se sustenta en la causal del N° 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, "En que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que ha cabido al condenado en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y el grado de la pena".

Segundo. Se sostiene en el recurso que se ha infringido la norma citada del Código Procesal en relación con los artículos 51, 68, 432 y 436 inciso primero del Código Penal, toda vez que en el fallo recurrido, atendido el estado de desarrollo del delito, se aplica la pena teniendo presente lo dispuesto en los artículos 51 y 68 precedentemente citados, prescindiendo de lo dispuesto por el artículo 450 del Código Penal, lo que influyó en lo dispositivo del fallo al aplicar al sentenciado una pena inferior.

Tercero. Que los jueces de fondo tuvieron como hecho inamovible que: "el día 16 de noviembre de 2003, alrededor de las 17:20 horas, un tercero ingresó al interior del domicilio ubicado en Pasaje Los Perales N° 1430, de la comuna de Puente Alto, procediendo a intimidar con un arma de fuego, a tres menores de edad, dos de 16 y uno

de 6 años, dos de los cuales padecen de una enfermedad que los imposibilita para actuar por sí solos, golpeando a uno de ellos cuando opuso resistencia, para luego proceder a recorrer las diferentes dependencias de este inmueble desde donde sustrajo varias especies y al intentar huir por la parte posterior, fue retenido por los propietarios del inmueble que llegaban a su hogar, entregándolo a funcionarios de Carabineros y recuperándose las especies".

Cuarto. Que en la sentencia recurrida se sostiene que: "**no corresponde hacer aplicación de lo dispuesto en el tantas veces citado artículo 450 del Código Penal, de modo que la penalidad se impondrá, atendido el grado de desarrollo del delito, en los términos de lo reglado en los artículos 51 y 68 del mismo cuerpo legal y considerando, a la vez, que el encartado se presenta con una atenuante sin agravantes de responsabilidad**" (considerando vigésimo).

Quinto. Que para sustentar lo antes resuelto, la Corte de Apelaciones de San Miguel, **luego de dejar de lado la objeción en cuanto a que el citado artículo 450 contraría el principio de tipicidad** (fundamento tercero), como el principio de la culpabilidad, (fundamento cuarto) en el fundamento quinto sostiene que: "no obstante y reconocida la circunstancia de que a fin de cuentas la norma en estudio suele conducir a 'consecuencias prácticas exageradas' o 'resultados decididamente inaceptables', ello obliga a estos sentenciadores a discernir sobre la vulneración de otros principios igualmente fundamentales y reconocidos en nuestra legislación, aún de rango constitucional, y en los tratados internacionales, declaraciones y compromisos asumidos por el estado chileno y que deben respetarse en el ejercicio de la función jurisdiccional, ante todo por supremacía normativa".

Sexto. Que esta Corte Suprema ha previsto esta tendencia a aminorar por la vía jurisdiccional las posibles consecuencias prácticas exageradas a que puede conducir la aplicación del inciso primero del artículo 450 del Código Penal y así, en sentencia de 19 de julio de 2001, causa rol Nº 1610-01, se dijo: "**Pero ese es, en verdad, un cometido que sólo compete al legislador. Los tribunales no pueden asumirlo, desconociendo el tenor literal del precepto en cuestión, sin arriesgarse a crear un espacio de inseguridad jurídica que, como es bien sabido, atenta también contra la justicia entendida en su sentido integral**". En sentencia de fecha 15 de julio de 2004, causal rol

Nº 2369-04 se dice: "ha de convenirse en que la disposición contenida en el artículo 450 inciso primero del Código Penal, aun morigerada por la modificación que le introdujo la ley 17.727 de 1972, es muy defectuosa y, en ocasiones, conduce a resultados decididamente inaceptables. Pero un criterio político-criminal sólo puede ser invocado por el juez cuando le sirve para elegir una de varias interpretaciones admitidas por el tenor literal de la norma. Ese aquí no es el caso y, por consiguiente, **la corrección de la inconveniencia político-criminal que subyace a la disposición del artículo 450 inciso primero del Código Penal sólo puede ser efectuada por el legislador. Si los jueces caen en la tentación de reemplazarlo y asumir esta tarea mediante soluciones que sobrepasan el tenor literal del precepto, abrirán las puertas al arbitrio judicial; con ello a la inseguridad jurídica y, de esa manera, pondrán en peligro los fundamentos sobre los cuales descansa el ordenamiento punitivo del estado democrático de derecho**".

En cuanto a la vulneración del principio de la tipicidad que se haría por el inciso de marras, en Cortes de Apelaciones también, en general, se ha seguido la tendencia de la Corte Suprema:

Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel. 03 de enero de 2006, rol 586-05.

Considerandos relevantes:

“Cuarto: Que analizado en forma independiente el mandato del inciso primero del artículo 450 del Código Penal, puede llevar a la conclusión de que el acatamiento de dicha norma produciría una alteración del sistema de aplicación de las penas, especialmente, si se tiene en consideración la armónica correlación que debe haber entre el grado de participación del sujeto activo de la acción y al grado de desarrollo del delito, contemplado todo ello en un conjunto de disposiciones vigentes del Código Penal.

Quinto: Que, no obstante lo dicho, ha sido el propio legislador el que ha incorporado al texto contemplado en el inciso primero del artículo ya indicado, introduciendo una modificación específica en los casos y circunstancias que expresamente señala. El sentenciador al existir la norma debe hacer aplicación de está, más aún si con su incorporación o introduciendo una modificación puntual al sistema vigente, se busca el cumplimiento de objetivos precisos en el contexto general de un política criminal.

Décimo: El 1er error sería la errada aplicación del artículo 450 inciso primero del Código Penal, en relación a los artículos 432 del mismo código y artículo 19 N° 3 y 26 de la Constitución Política, pretensión en que esta Corte rechazará por haberlo resuelto en numerosos fallos la Excelentísima Corte Suprema quién ha señalado Que, en primer lugar debe concluir que no es verdad, como lo pretende la defensa de ambos inculpados, en cada uno de sus recursos, que el artículo 450 inciso 1° del Código Penal se encuentre derogado tácitamente, en virtud de que contraría el principio de la tipicidad consagrado en los incisos séptimos y octavo del N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental y, porque ignora los Tratados Internacionales invocados. Agrega que todo esto se ha producido porque la Ley N° 17.727, que introdujo esa disposición en el Código Penal, no habría descrito o definido en forma especial la conducta típica de la frustración que se pretende sancionar. **Como es unánimemente aceptado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la descripción de aquello en que consisten los hechos frustrados se obtiene conectando el tipo de complemento contenido en el artículo 7° inciso segundo del Código Penal, con el correspondiente tipo de consumación consagrado, sea en la parte especial del mismo texto legal, sea en una ley especial, así, el tipo de la frustración del robo con fuerza del artículo 440 del Código Penal, se describiría como dar principio a la ejecución de la apropiación de una cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, usando fuerza en las cosas, por hechos directos pero no consumándose por causas independientes de su voluntad. No existe indicio alguno que permita suponer que la ley N° 17.727 haya pretendido modificarla o mucho menos, derogarla para sustituirla por otra. Lo que**

tal cuerpo legal se propuso sólo fue enlazar a la mentada definición, clara precisa, la pena del delito consumado, prescindiendo de la rebaja de dos grados establecida para la generalidad de los delitos por el artículo 52 del Código Penal. Por eso, no se divisa como podría la disposición referida vulnerar el principio de tipicidad esgrimido por el recurrente, tanto más cuanto que jamás se propuso modificar el tipo ya existente en la ley. Que, más aún, de seguir hasta sus últimas consecuencias el criterio defendido por el imputado, se arribaría a la sorprendente conclusión de que el robo con fuerza frustrado no sólo no podría sancionarse con la misma pena del robo consumado sino con ninguna, pues tal hecho carecería de tipo penal. Pero, lo que es aún peor, si se niega al tipo complementario del inciso segundo del artículo 7º del Código Punitivo, la eficacia para describir aquello en que precisamente consisten las conductas frustradas, entonces habría que concluir que cualquier delito frustrado es impune. Los jueces no pueden desatender el tenor del precepto en cuestión, sin arriesgarse a crear un espacio de inseguridad jurídica que, como es bien sabido, atenta también contra la justicia entendida en un sentido integral. (Sentencia de 01 de agosto del año 2003 Excelentísima Corte Suprema, causa N° 3361-03)”.

Los argumentos para negar la derogación tácita parcial por la Ley N° 20.084 se encuentran contenidos en el voto disidente de la sentencia que sigue:

Sentencia del Tribunal Oral en Lo Penal de Concepción. 07 de diciembre de 2005, rit 266-05.

Considerandos relevantes:

“Se previene que la juez Karina Mihovilovic Gutiérrez estuvo condenar el imputado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos, y la inhabilitación absoluta cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, teniendo en consideración los siguientes argumentos:

... c) En cuanto a la derogación del artículo 450 del Código Penal, por aplicación de la Ley sobre responsabilidad penal juvenil, según disposición de su artículo 21, citada por el abogado defensor, ésta no puede ser acogida, no sólo por no ser aplicable la mencionada Ley de acuerdo a lo señalado precedentemente, es decir que no ha entrado en vigencia; si no porque aún en el caso de encontrarse vigente esta Ley, ésta no consagra una derogación del artículo 450 del Código Penal. **En efecto, el artículo 21 de esta ley, citado por la Defensa, señala expresamente cual es la pena asignada en caso de delitos cometidos por adolescentes, cual es la inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, disposición que es similar a la contenida en el artículo 72 del Código Penal.**

Por otra parte, el artículo 24 de la Ley, también invocado por el abogado defensor, establece criterios de determinación de la pena uno de los cuales es “b) la calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución del delito”. **Indiscutiblemente en la especie la calidad es la de autor y el grado de ejecución del delito es tentativa, mas no por ello debe dejarse de aplicar el artículo 450 del Código Penal, el cual prescribe que “en los delitos a que se refiere el párrafo 2 y el artículo**

440 del párrafo 3 de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”, que es justamente lo que ocurre en este caso.

Ni el artículo 21 ni el 24 letra b) de la Ley 20.084 derogan expresa ni tácitamente esta disposición legal, y la interpretación no puede llevar a dicha conclusión, puesto que entenderlo de esa forma significaría un atentado a la igualdad ante la ley consagrada constitucionalmente, porque en los delitos de robo indicados en el artículo 450 ya citado, cometidos por imputados mayores de dieciocho años se castigaría la tentativa con la pena correspondiente al delito consumado y en el caso de los menores no se aplicaría, por lo tanto, tendrían una rebaja en dos grados. Interpretación que en concepto de esta sentenciadora carece de fundamento y genera una tremenda injusticia y desigualdad, ya que una norma sustantiva no puede ser aplicable para algunos e inaplicable para otros, agregando a lo anterior el hecho que si el legislador deseaba hacer esta distinción lo habría dicho expresamente.

A mayor abundamiento, el artículo 24 letra B) de la Ley 20.084 señala como criterio para determinar la pena “ el grado de ejecución de la infracción” mas en caso alguno señala en qué forma el grado de ejecución de la infracción importa una disminución o un aumento de la pena a aplicar, razón por la cual la única forma de determinar la pena en base al grado de ejecución de la infracción es aplicando las normas contenidas en la parte general del Código Penal y las normas especiales del delito de que se trate.- De esta forma tienen plena vigencia los artículos 50 y siguientes del Código Penal (normas generales) y el artículo 450 del mismo cuerpo legal (norma especial) sin que en caso alguno esta norma especial sea derogada o no sea aplicable a personas sujetas a la ley 20.084, pues cuando el legislador así lo quiso lo hizo expresamente, como por ejemplo en el artículo 22 de la citada Ley en que dispuso la no aplicación del artículo 69 del Código Penal.-

Además, no aplicar el artículo 450 del Código del ramo, significaría que en razón de una misma condición – la de ser menor de edad imputable de delitos – se gozaría de un doble beneficio, la rebaja de pena y luego la no utilización del artículo 450 del Código Penal, en circunstancias que el legislador no lo previó así, y sólo estableció otras formas de cumplimiento de la pena”.

D) Criterios observados

1. Criterios para no dar aplicación al inciso primero del artículo 450 del Código Penal

La argumentación de los fallos que no aplican el inciso primero del artículo 450 del Código Penal, apuntan en general a que éste habría sido derogado tácitamente por la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980 que estableció los principios de

proporcionalidad y legalidad, ésta específicamente en el aspecto de la tipicidad, así como la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal.

1.1. Falta de descripción de una conducta específica

La primera línea argumentativa expone que dicho precepto no describe una conducta inacabada como infracción penal específica, sino que se limita a señalar que al delito tentado o frustrado se le aplicará la pena correspondiente al delito consumado, remitiéndose al artículo 7 del Código Penal, que no establece en sí ningún tipo, sino que simplemente atribuye una penalidad distinta a las conductas inacabadas, contrariándose así la normativa supralegal, que veda el establecimiento de leyes penales en blanco.

1.2. Presunción de derecho de la responsabilidad penal

La segunda línea argumentativa expone que por exigencia del principio de proporcionalidad, la pena debe ser proporcionada a la gravedad de la culpabilidad, lo que se recoge a nivel legal por los artículos 50 a 54 del Código Penal, que regulan la pena aplicable a quienes no tienen la calidad de autores de delito consumado, sino que participan como cómplice o encubridores, o no completan el iter criminis, llegando el delito hasta la tentativa o frustración. Las normas relativas a la punición conforme al grado de desarrollo del iter criminis rebajan la pena para adecuarla a la menor culpabilidad que implican los delitos no consumados. La norma en cuestión, en consecuencia, presume de derecho la responsabilidad penal por un delito que no se ha cometido realmente, lo que también se encuentra vedado por la normativa supralegal.

1.3. Falta de determinación objetiva de la responsabilidad penal

Se ha añadido, complementando los argumentos anteriores, que al alterarse las normas generales sobre el iter criminis se vulneraría el principio de determinación objetiva de la responsabilidad penal, que establece que cada pena individual debe ser resultado de la interacción armónica de las normas generales del sistema jurídico, sin distorsiones que alteren la igualdad ante la ley.

1.4. Otros criterios

Adicionalmente, la jurisprudencia ha recurrido a otras líneas argumentativas relativas a delitos específicos, para calificarlos de tal manera que no les sea aplicable el inciso primero del artículo 450, sin entrar a pronunciarse acerca de su constitucionalidad, especialmente en relación con el delito de robo por sorpresa y a la presunción de tentativa de robo con fuerza en las cosas establecida en el artículo 444 del Código Penal.

Finalmente, sentencias han declarado que se ha producido una derogación tácita del inciso primero del artículo 450 del Código Penal por la ley 20.084 para el caso de la responsabilidad penal adolescente.

2. Criterios para dar aplicación al inciso primero del artículo 450 del Código Penal

2.1. En cuanto a la falta de descripción de una conducta específica

Se sostiene en este punto que el tipo se completa simplemente enlazando los tipos específicos de cada delito contra la propiedad con el artículo 7 del Código Penal, con lo que queda perfectamente descrita la conducta.

2.2. En cuanto a la presunción de derecho de la responsabilidad penal

Esta jurisprudencia señala que el sistema jurídico se puede centrar tanto en la intención malvada como en el hecho ilícito acompañado de intencionalidad para determinar la pena, por lo que la disminución de la penalidad para el delito tentado o frustrado es facultativa para el Legislador, quien puede derogar parcialmente las normas generales de disminución de la pena para etapas imperfectas del iter criminis.

Capítulo II

El tratamiento de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en los delitos contra la propiedad en la jurisprudencia de la reforma procesal penal

A) Consideraciones generales

Hay circunstancias en las cuales el orden jurídico estima que la penalidad normalmente prevista para un delito dado, resulta excesiva, o por el contrario, insuficiente, porque la conducta anterior o posterior del hechor, o los motivos que lo hayan impulsado a delinquir, o la manera de cometer el delito, revelan rasgos favorables o merecedores de indulgencia, o por el contrario, una mayor odiosidad o repugnancia en el sentir común. Tales hechos constituyen circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, que se dividen en atenuantes o agravantes.⁴

Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal se encuentran reguladas en el artículo 11 del Código Penal. Son de interés en este capítulo las siguientes:

6a. Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable.

9a. Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.

Las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal se establecen en el artículo 12 del Código Penal. La siguiente es de relevancia para este capítulo:

16a. Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie.

Adicionalmente, se tratan en este capítulo dos agravantes especiales:

⁴ Etcheberry. Derecho Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, t. II, p 9.

Artículo 450, inciso segundo: *“En los delitos de robo y hurto, la pena correspondiente será elevada en un grado cuando los culpables hagan uso de armas o sean portadores de ellas”*.

Artículo 456 bis: En los delitos de hurto y robo serán circunstancias agravantes las siguientes:

3º Ser dos o más los malhechores.

B) Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en relación con los delitos contra la propiedad en la doctrina

La doctrina señala que estas circunstancias corresponden a situaciones de naturaleza accidental, con existencia marginal a la estructura del tipo penal. El Legislador las considera para efectos de determinar la pena que corresponde aplicar a los responsables, sea para agravar la pena o para atenuarla.⁵

Teniendo en cuenta que la sanción penal debe ser regulada con fundamento en la gravedad del injusto y la intensidad del reproche que merece el responsable, las circunstancias modificatorias tienen precisamente la finalidad de determinar la mayor o menor gravedad del delito y la mayor o menor intensidad del reproche.

Las circunstancias modificatorias se pueden clasificar en atención a tres criterios:

- a) Consecuencias que les son inherentes.
- b) Amplitud de su aplicación.
- c) Naturaleza que poseen.

En cuanto al primer criterio, se pueden clasificar en atenuantes, agravantes y circunstancias mixtas.

Atendiendo a la amplitud de su aplicación, se distingue entre circunstancias genéricas y específicas. Las genéricas son las que operan en relación a todos los delitos o un amplio grupo de los mismos. Circunstancias específicas, son las establecidas para

⁵ Garrido Montt, op. cit. t. I, p 181

uno o más delitos determinados, así las circunstancias enumeradas en el artículo 456 bis del Código Penal.

En cuanto a la naturaleza que tienen, las circunstancias pueden ser materiales y personales. Son materiales las que consisten en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo. Son personales, las atenuantes o agravantes que consisten en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal.

1. Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal

Las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal son situaciones de naturaleza accidental que sirven para atenuar la pena aplicable al responsable, pues la penalidad asociada a un delito puede resultar excesiva, o bien teniendo en consideración la naturaleza del móvil que induce al sujeto a delinquir, el legislador disminuye el reproche del acto injusto en que incurre, o pueden tener como fundamento, la personalidad del agente o su comportamiento posterior a la comisión del delito para ser merecedor de una indulgencia.

Las atenuantes genéricas pueden dividirse en 4 grupos: las eximentes incompletas; las relativas a los móviles; las relacionadas con la personalidad del culpable y las derivadas de su conducta posterior.

Analizaremos sólo algunas de las atenuantes genéricas señaladas en el artículo 11 del Código Penal, entre ellas, las de los numerales 6 y 9, es decir, la irreprochable conducta anterior del sujeto y la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos. Dichas circunstancias fueron las de mayor relevancia a la hora de atenuar las penas aplicables a los responsables de delitos contra la propiedad por la jurisprudencia de la reforma procesal penal.

1.1. La atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal en la doctrina

El artículo 11 N° 6 del Código Penal establece que *“Son circunstancias atenuantes: 6ª Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable”*.

La doctrina, en general, ha considerado que esta atenuante encuentra fundamento en la personalidad del agente, debido a que la conducta intachable del delincuente haría presumir que cuando actuó lo hizo en circunstancias extraordinarias que conmovieron su capacidad de autodeterminarse.⁶

Para Garrido Montt, la expresión “anterior” no alude a toda la vida del sujeto, pues la disposición no lo exige, sin embargo, este concepto se debe vincular con el caso individual, según las circunstancias del agente.⁷

Etcheberry considera que el sentido de la expresión “anterior” en principio debe entenderse como comprensiva de toda la vida del hechor previa al delito, pero igualmente considera discutible que pueda rechazarse la atenuante por un comportamiento vicioso en época juvenil, que luego ha sido completamente enmendado por largos años. Del mismo modo, habrá que determinarse hasta qué punto puede obstar a la existencia de la atenuante la condena por delitos que no envuelvan una gran reprobación ética.⁸

En cuanto al término “irreprochable”, la ley no ha precisado su significado. Para Etcheberry, se exige un requisito negativo y otro positivo. El negativo consistiría en no haber sido condenado con anterioridad. En cuanto al aspecto positivo, la expresión irreprochable se extiende al campo de la moral y de las buenas costumbres, pero entendido en un sentido social, como ya se precisó anteriormente. No se considerará, por lo tanto, su moral personal, pues la vida privada queda al margen de esta valoración, siempre que no trascienda y afecte a los demás.

1.2. La atenuante del artículo 11 N° 9 del Código penal en la doctrina

El artículo 11 N° 9 del Código Penal señala: “*Son circunstancias atenuantes, 9ª si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos*”.

⁶ Cury, Derecho Penal, Derecho Penal, Santiago, 1992, t. II, pp. 120-122. Citado en Garrido Montt, op. cit. t. I, p. 191.

⁷ Garrido Montt, op. cit. t. I, p. 192.

⁸ Etcheberry, op. cit. t. II, p. 24.

Es una atenuante vinculada con el comportamiento posterior del sujeto a la comisión del delito, conducta que deberá valorarse concretamente por el Tribunal, en el caso de que el inculcado colabore en la investigación de los hechos, suministrando los antecedentes necesarios que provean al esclarecimiento del suceso y la participación que en el mismo le ha correspondido.

El profesor Mario Garrido Montt señala que colaborar con la investigación debe entenderse como la preocupación del imputado de suministrar a la autoridad los antecedentes que provean al esclarecimiento del suceso y de la participación que le habría correspondido en el mismo. Se requiere que la colaboración sea sustancial, lo que implica realizar un aporte de real y efectiva significación, de importancia y trascendencia en la clarificación del hecho. Para tales efectos, entonces, se debe tener en cuenta el comportamiento del procesado en relación a este aspecto, su verdadera voluntad de colaborar, su intención decidida en esa dirección.

No es un elemento requerido por la atenuante, el hecho de mediar una confesión por parte del inculcado, pero en la generalidad de los casos dicha confesión es de gran interés para facilitar la investigación.

2. Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal

Las circunstancias de agravación representan estados o situaciones buscados, aprovechados o producidos por el agente que aumentan su responsabilidad criminal, por cuanto revelan en él una mayor perversidad moral y peligrosidad social.⁹

Las circunstancias agravantes de responsabilidad penal están enumeradas en el artículo 12 del Código Penal. Debe agregarse la contenida en el artículo 72 inciso segundo del mismo código. El legislador, sin embargo, al describir ciertos tipos penales, estableció circunstancias especiales de agravación para ciertas figuras, como ocurre en el caso del hurto y robo en el artículo 456 bis del Código Penal.

El artículo 64 del Código Penal distingue entre agravantes personales y materiales. Son circunstancias personales o subjetivas, aquellas que consisten en la disposición

⁹ Labatut Gustavo. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, p 219

moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal. Son agravantes materiales u objetivas, las que consisten en la ejecución material del hecho, o en los medios empleados para realizarlo. Hay también circunstancias mixtas que ofrecen características de los dos grupos.

Analizaremos la agravante personal de reincidencia propia específica del artículo 12 N° 16 del Código Penal, revisando los distintos criterios de la jurisprudencia de la reforma procesal penal para considerar cuándo un delito es o no de la misma especie en relación al hurto y al robo y las figuras del robo por sorpresa y robo con intimidación.

2.1. La agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal en la doctrina

Para que se de por establecida la agravante en comento es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- a) La comisión anterior de por lo menos un delito.
- b) Que ese delito haya sido objeto de sentencia condenatoria, ejecutoriada y cumplida, y
- c) Que ese delito sea de la misma especie que aquel por el cual se le juzga en la actualidad.

El delito anterior debe haber sido objeto de un proceso terminado con sentencia condenatoria para el sujeto y éste a su vez debe haber cumplido la sanción.

El delito ha de ser de la misma especie. El sentido de esta expresión no ha sido determinado por el Legislador, por lo cual ha de interpretarse normativamente.

Según lo expresado por Garrido Montt, atendidas las doctrinas vigentes sobre la teoría del delito que son mayoritariamente aceptadas, cuando se habla de delitos de la misma especie, se hace referencia a hechos de naturaleza semejante –no necesariamente iguales-, lo que se puede determinar considerando dos aspectos de importancia: los bienes jurídicos protegidos por los respectivos tipos penales, y las modalidades de su comisión, es decir, las formas de ataque del bien jurídico.

De esta forma en principio, delitos de la misma especie, son aquellos que protegen un mismo bien jurídico, pero esta característica es insuficiente, pues debe complementarse con el examen de la modalidad de ejecución del delito inherente a cada tipo penal, es decir, con la manera como según la descripción legal se debe lesionar al bien jurídico protegido.¹⁰

Son también delitos de la misma especie aquellos en que siendo diferentes los bienes jurídicos que protegen, se encuentran en una situación particular: la lesión de uno de esos bienes jurídicos supone necesariamente la lesión del otro.¹¹

En los delitos plurisubsistentes, ocurre algo similar, pues si el desvalor de un delito queda claramente consumido por el plurisubsistente, pueden considerarse de la misma especie, si la forma de lesionar el bien jurídico es análoga.

La ley tratándose de la reincidencia específica, es más severa que en la genérica, pues considera que concurre la agravante aunque exista una sola condena anterior.¹²

El fundamento que se tuvo para incorporar la reincidencia entre las circunstancias agravantes, aunque no lo diga expresamente la ley penal, incide en que demostraría una mayor malignidad del sujeto activo. De hecho la Comisión Redactora, en la sesión número 9, se refiere a la mala fama del reo.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 104 del Código Penal, las circunstancias de los números 15 y 16 no se tomarán en cuenta después de diez años, tratándose de crímenes, o de cinco, si se trata de simples delitos. Esta prescripción se cuenta desde la comisión del hecho y no desde el cumplimiento de la condena.

3. Disposiciones modificatorias de la responsabilidad penal relativas a las circunstancias de comisión.

3.1. La agravante del artículo 450 inciso segundo del Código Penal

¹⁰ Garrido Montt, op. cit. t. I, pp. 213-214.

¹¹ Cury, op. cit., t. II, pp. 120-122. Citado en Garrido Montt, op. cit. t. I, p 147

¹² Etcheberry, op. cit. t. II, p 32.

El inciso segundo del artículo 450 del Código Penal regla el uso o porte de armas en la comisión de los delitos de hurto y robo, señalando que la pena correspondiente al delito será elevada en un grado.

Para el profesor Mario Garrido esta redacción no consagra una figura especial, sino que es una circunstancia de calificación, sobre todo respecto del hurto.¹³

Para Etcheberry en cambio, no se trata de un delito diferente ni de una circunstancia de calificación, sino simplemente de una agravante, cuyo efecto es aumentar la penalidad. La agravación no operaría en aquellos casos que la penalidad propia del delito sea mayor que la indicada, por lo tanto, no se aplicaría en los delitos de robo con violencia e intimidación en las personas, en los que el uso de armas es habitual.¹⁴

Labatut señala que la circunstancia del uso o porte de armas en los delitos de hurto o robo, antes configuraba una calificante del hurto y elemento del robo con fuerza en lugar habitado, y que fue elevado por la Ley N° 17.727 a la categoría de delito independiente.¹⁵

Para que la pena sea aumentada en un grado sólo es necesario llevar el arma, pues la norma homologa el usar el arma y llevarla.

En el caso del robo con violencia o intimidación en las personas, el uso de armas es algo normalmente inherente al delito. En el caso del hurto, si se llegara a usar un arma, dejaría de ser tal y pasaría a ser un robo.

Alfredo Etcheberry señala que en los delitos de robo con violencia o intimidación, como el uso de armas es regular y ordinario, no resulta lógico tomar nuevamente en cuenta el uso de armas para elevar todavía aún más la penalidad, por el principio de consunción.¹⁶

¹³ Garrido Montt, op. cit. t. IV p. 259.

¹⁴ Etcheberry, op. cit. t. III, p. 363.

¹⁵ Labatut, op. cit., t. II, p 232, citado en Garrido Montt, t. IV p. 259.

¹⁶ Etcheberry, op. cit. t. III, p. 363.

3.2. La agravante del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal

En cuanto a la circunstancia de agravación del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal, ésta vino a remplazar lo que nuestra ley denominaba “cuadrilla”. La cuadrilla era agravante del delito de robo con violencia e intimidación en las personas, y se entendía que la había cuando concurrían a un robo más de tres malhechores. Hoy es una agravante común al hurto y al robo, bastando que los malhechores sean dos. Esta circunstancia desplaza a la del artículo 12 Nº 11 del Código Penal, es decir, si se ejecuta el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.¹⁷

Esta circunstancia ha sido objeto de bastante controversia en torno a lo que se entiende por malhechor. Para Mario Garrido, mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia han entendido que está empleada haciendo referencia a que sea más de una persona la que cometa el hurto o el robo, sea que haya o no delinquirido con anterioridad. Malhechor sería equivalente a agresor.¹⁸

Para Etecheberry el verdadero alcance de esta expresión puede determinarse examinando la razón de ser de esta agravante, que es siempre el debilitamiento de la defensa privada, el aumento de peligro que corren las víctimas y la mayor seguridad con que actúan los delincuentes amparados en el número. Todos estos factores se dan cuando hay multiplicidad de partícipes que concurren materialmente en el momento y lugar del delito. De este modo, malhechores, no es sinónimo de autores ni tampoco de partícipes o responsables en el amplio sentido del artículo 14 del Código Penal. Los malhechores son los responsables que concurren materialmente en la comisión del delito, sean autores o cómplices.¹⁹

Mera, por su parte, se hace cargo de rebatir los fundamentos que da Etecheberry para esta agravante. Señala que respecto del debilitamiento de la defensa privada, no puede estimarse que constituya el fundamento, pues a su juicio el debilitamiento de dicha defensa no representa un plus en relación la sola afectación de la propiedad. En segundo lugar, tampoco constituiría fundamento la mayor seguridad con que se actúa cuando son

¹⁷ Etecheberry, op. cit. t. III, p. 363.

¹⁸ Garrido Montt, op. cit. t. IV, p. 263.

¹⁹ Etecheberry, op. cit. t. III, p. 365.

dos o más los partícipes, ya que esto puede ocurrir o no, dependiendo de las circunstancias. A su juicio, la ley no agrava la responsabilidad por el solo hecho del número, aunque probablemente en muchos casos esta circunstancia les dará a los partícipes mayor seguridad. Rechaza así mismo, la tercera razón invocada para justificar esta agravante, es decir, el mayor peligro que corren las víctimas, pues se trata de un peligro para su seguridad física, el cual se presentará cuando se use de la violencia o de la intimidación, pero en tal caso se configuraría el delito de robo, por lo cual dicho peligro no puede ser invocado además para configurar la agravante examinada. Esta agravante sólo constituiría una hipótesis de alevosía.

Para Labatut, malhechor es la persona que ha cometido con anterioridad crímenes o simples delitos, no siendo aplicable a quienes delinquen por primera vez.²⁰

Mera concuerda con lo anterior. Para este autor, son malhechores, sólo los que han delinquido anteriormente, sin que esta circunstancia constituya reincidencia. La agravante de ser dos o más los malhechores no podría aplicarse a quienes son reincidentes, ya que se estaría vulnerando el non bis in idem. Se consideraría dos veces la reincidencia, primero para agravar la responsabilidad por delinquir nuevamente, segundo, para configurar la agravante de ser dos o más los malhechores.

Esta opinión tendría respaldo en el artículo 17 N° 4 del Código Penal, donde se habla de encubrir malhechores, pero en opinión de Etcheberry tratándose de un encubrimiento es forzoso que exista alguien a quien encubrir, y que este alguien haya cometido un crimen o simple delito, pero dentro de la ley basta con que haya cometido uno solo, precisamente aquel que se está encubriendo, no es necesario que se encubra a un reincidente, por lo tanto, la disposición no es concluyente.

Garrido Montt señala que no bastan los aspectos semánticos para dilucidar este punto, por ello hay que ir a la ratio legis y a los aspectos sistemáticos, pues esta agravante vino a remplazar a aquella que primitivamente existía para estos hechos, y que consistía en la intervención de más de tres individuos- la cuadrilla-, obedeciendo el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal a los mismos presupuestos

²⁰ Labatut, op cit II p 350, citado en Etcheberry, op. cit., t. III, p. 365.

contemplados en aquella, es decir, limitar las posibilidades de defensa de la víctima y aun, eliminarlas. Por lo tanto, según este autor, lo trascendental para el legislador, es la circunstancia de que sean dos o más los agresores, siendo irrelevante si han o no cometido delitos con anterioridad. Es necesario en todo caso, que materialmente actúen en el momento de la apropiación, aunque sea con su simple presencia. Así si existe un autor instigador, que no está presente al cometerse el delito; un autor ejecutor, que lo realiza, y un encubridor, que lo oculta posteriormente, no concurre esta agravante, ya que en la ejecución material del delito sólo intervino una sola persona.

C) Jurisprudencia relativa a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal

1. Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal

1.1. Jurisprudencia relativa a la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal

1.1.1. Jurisprudencia que considera sólo el aspecto negativo de la irreprochable conducta anterior

A continuación se reproducen los siguientes fallos:

Juzgado de Garantía de Talca. 06 de abril de 2006, Rit 3203-2006.

Considerandos relevantes:

VISTO Y TENIENDO PRESENTE:

1. Que la Fiscal del Ministerio Público, doña Grace Salazar Barra, presentó requerimiento en procedimiento simplificado contra **MOISÉS ESTEBAN GUAJARDO BURGOS**, 16 Años, nacido el 18 de Octubre de 1989 en Talca, Soltero, 1º Medio, domiciliado en Población Colín 1 9 ½ Oriente 15 y 16 Sur N° 0296 Cédula de Identidad Número 17.187.331-2, como autor del delito de ROBO POR SORPRESA previsto por el Art. 432 y sancionado por el Art. 436 inciso 2 del Código Penal, fundado en que el día 21 de Marzo del año 2006, aproximadamente a las 13:30 horas en calle 5 Oriente 2 y 3 Sur, en circunstancias que la víctima doña JUANA GUERRERO CHANDÍA caminaba por dicha arteria, fue interceptada por el imputado quien a viva fuerza le arrancó desde su cuello

una gargantilla de oro con su respectiva medalla, dándose a la fuga por calle 3 Sur en dirección al Poniente siendo aprehendido más tarde por Carabineros momento antes de los cuales arrojó la especie al suelo, la que posteriormente fue reconocida por la víctima. Sin señalar circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y por tratarse de un menor a cuyo respecto se declaró que obró con discernimiento de los hechos, solicitó una pena de 300 días de prisión en su grado mínimo, accesorias correspondientes más las costas de la causa, modificando tal pena en caso de admisión de responsabilidad a 100 días de igual presidio.

4. En cuanto a circunstancias modificatorias de responsabilidad penal se concuerda con la Defensa en que en este caso teniendo presente la edad del menor y la naturaleza de la infracción, **con la carencia de anotaciones penales según obra en el extracto de filiación y antecedentes** eso es suficiente para considerar que concurre la circunstancias atenuante del Art. 11 N° 6 del Código Penal.

Y visto además lo dispuesto por los Art. 1, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 24, 25, 30, 50, 67, 72, 432 y 436 del Código Penal; Art. 45, 47, 388 y siguientes del Código Procesal Penal; Ley 20.084 SE DECLARA:

I. Que SE CONDENA a **MOISÉS ESTEBAN GUAJARDO BURGOS**, Cédula de Identidad Número 17.187.331-2, a la pena de **CIEN DÍAS** de presidio menor en su grado mínimo, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como autor de ROBO POR SORPRESA en la especie de doña JUANA GUTIÉRREZ CHANDIA cometido el 21 de Marzo del año 2006 en Talca.

Juzgado de Garantía de Talca. 22 de octubre de 2005, Rit 10174-2004.

Considerandos relevantes:

Que dicha acusación la funda en los hechos siguientes:

“ Que el día 20 de noviembre del 2004, pasadas las 04:00 hrs. el imputado Yonathan Fabricio Vásquez Rojas ingresó a la propiedad de la víctima Patricio Alexis Gutiérrez Medina, ubicada en calle 9 Oriente N°1499, entre 21 y 22 Sur de la ciudad de Talca, para hacerlo saltó una reja de un metro cincuenta aproximadamente, la que se encontraba cerrada con candado, para luego violentar una puerta clausurada, ingresar al domicilio antes indicado; una vez en su interior, con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueño, sin contar con aquella, se apropió de diversas especies, entre las que se cuentan las siguientes: un equipo d música “Woofers”, marca “Pctronix”, color negro; un DVD color plomo marca “Promex” y un micrófono color plomo, marca Promex, especies que la víctima avaluó en no inferiores a \$100.000.- Una vez asido de las especies salió del inmueble con las especies violentadas e hizo abandono de la casa por un forado existente en la parte inferior de la reja, es decir, un forado a nivel del piso para darse a la fuga del sitio del suceso, siendo detenido aproximadamente una cuadra después por personas civiles que hicieron entrega del imputado a la policía de Carabineros de Chile con las especies producto del ilícito.”

Los hechos antes descritos constituyen, a juicio del sr. fiscal, el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, en grado de consumado, descrito y sancionado en

el artículo 440 N°1 del Código Penal, correspondiendo al acusado participación de autor, conforme a lo previsto en el artículo 15 N°1 del citado cuerpo legal.

En cuanto a circunstancias modificatorias de responsabilidad, se acogerán las atenuantes invocadas por el Ministerio Público: del artículo 11 N°6 del Código Penal, **suficientemente configurada de acuerdo al extracto de filiación y antecedentes del acusado, carente de anotaciones pretéritas.**

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto por los artículos 1, 11 N°6 y 9, 14 N°1, 15 N°1, 18, 21, 24, 29, 50, 68, 432 y 440 N°1 del Código Penal; artículos 45, 47, 297, 340, 348 y 406 y siguientes del Código Procesal Penal y Ley 18.216; **SE DECLARA:**

I- Que se condena a YONATHAN FABRICIO VASQUEZ ROJAS, ya individualizado, cédula de identidad número 15.136.201-K, a la pena de TRES AÑOS Y UN DIA de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, de especies propiedad de Patricio Alexis Gutiérrez Medina, cometido el 20 de Noviembre del año 2004, en Talca.

Juzgado de Garantía de Santiago. 20 de septiembre de 2007, Rit 6045-2007.

Considerandos relevantes:

2º) Que los hechos y circunstancias que fueron objeto de la acusación se hicieron consistir en:

El día 16 de junio de 2007, alrededor de la 9:30 de la noche, la víctima Laslo Paredes salía de su domicilio ubicado en Lo Campino 344, de la comuna de Quilicura y mientras transitaba por Avenida Lo Marcoleta, fue abordado por los imputados ya individualizados en compañía además de Kevin Leal, quienes se abalanzaron en contra de él, amenazándolo con un arma de fuego y además golpeándolo en diferentes partes del cuerpo y en la cabeza, para luego sustraerle de entre sus vestimentas un dispositivo MP4 y una mochila que portaba en la que contenía ropas y otras especies, posteriormente los imputados huyeron del lugar, cabe señalar que producto de los golpes recibidos con el objeto de apropiarse de las especies, la víctima resultó con una contusión en su hombro derecho y equimosis hombro derecho de carácter leves, según diagnóstico del médico de turno.

A juicio de la Fiscalía los hechos descritos configuran el delito de robo con violencia descrito en el artículo 436 del Código Penal, en grado de consumado y se les atribuye a los acusados participación en calidad de autores.

8º) Que favorece a cada uno de los imputados las siguientes circunstancias atenuantes de responsabilidad penal:

a) La del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, **la irreprochable conducta anterior, toda vez que no aparece ningún registro de sentencia condenatoria previa en el historia vital del imputado.**

Y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 2, 6, 14, 21, 23, 24 de la Ley 20.084, 1, 7, 15 N° 1, 30, 68, y 436 inciso 1° en relación con el artículo 432 y 450 del Código Penal, artículos 47 inciso final, 297, 411, 412, 413 y 415 del Código Procesal Penal, se declara:

1.- Que se condena a **Jonathan Patrick Oyanedel Muñoz**, ya individualizado, a sufrir la pena de **120 horas de servicios en beneficio de la comunidad**, como autor del delito de robo con intimidación, previsto en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, ocurrido el día 16 de junio de 2007, en la comuna de Quilicura.

Juzgado de Garantía de Santiago. 17 de mayo de 2006, Rit 2027-2005.

Considerandos relevantes:

PRIMERO: Que ante este Juzgado de Garantía en causa R.U.C. N° 0500625877-K, RIT N° 2027-2005, el Fiscal del Ministerio Público, don Roberto Sahr, con domicilio en Irrarázaval 5947, Ñuñoa; en el marco del procedimiento abreviado al tenor de lo dispuesto en el artículo 407 del Código Procesal Penal dedujo acusación verbal en audiencia de fecha 12 de mayo en curso, en contra de RODOLFO PATRICIO LAVIN VARGAS, C.I. N° 6.038.562-9, domiciliado en Universo 4098, Villa Géminis, comuna de Macul, legalmente representado por sus abogados defensores penales doña Paz del Pino y doña Susana Cortés, domiciliadas en Agustinas 785, piso 7, Santiago; en calidad de autor del artículo 15 N° 1 del Código Penal, del delito de ROBO CON INTIMIDACIÓN, previsto y sancionado en el artículo 436 del Código Penal.

Funda su imputación en los siguientes hechos: “El día 30 de Noviembre del año 2005 aproximadamente a las 12:25 horas, el imputado ingresó al Liceo José Victorino Lastarria, ubicado en la Calle Miguel Claro N° 32 de la Comuna de Providencia, cubriendo su rostro con un gorro Chilote y una Media Panti de Mujer y portando en su mano un arma de fuego, procediendo con la misma a intimidar a las personas que se encontraban en el Salón Auditorium del Establecimiento, a cargo del cobro de Matriculas del Centro de Padres y Apoderados del Establecimiento y venta de otros artículos exigiéndoles a los mismos y específicamente a doña Maria Sandra Lizarraga Ahumada la entrega del dinero recaudado, el que sustrajo para Luego huir del Lugar efectuando disparos saliendo al exterior de liceo, siendo detenido por particulares en las proximidades del lugar.”

Los hechos ya relatados los encuadra jurídicamente como constitutivos del delito de robo con intimidación en grado consumado, previsto y sancionado en el artículo 436 del Código Penal.

DÉCIMO: Que conforme al marco penal fijado en el considerando anterior es que deben analizarse las modificatorias de responsabilidad penal que se han levantado. Que junto a la atenuante de la irreprochable conducta anterior del artículo 11 N°6 del Código Penal, no discutida ni por el Ministerio Público ni la Defensoría como precedente, **atendido el extracto de filiación exento de anotaciones del imputado, concurre la minorante del numeral 9 del mismo artículo.**

Y teniendo presente, además, lo dispuesto en los artículos 1, 3, 5, 11 14, 15 N° 1, 29, 50, 67, 69 y 436 del Código Penal; artículos 8, 235, 295, 296, 297, 340, 406, 407, 409, 410, 411, 412, 413 y 415 del Código Procesal Penal, SE DECLARA:

Que se CONDENA a don RODOLFO PATRICIO LAVIN VARGAS, ya individualizado, a la pena de QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO, más la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de robo con intimidación previsto y sancionado en el artículo 436 del Código Penal, cometido en esta ciudad, el día 30 de noviembre de 2005.

Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta. 26 de septiembre de 2005, Rit 136-2005.

Considerandos relevantes:

PRIMERO: Que con fecha veintiuno del presente mes y año, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, constituido por el juez Presidente don Dinko Franulic Cetinic e integrado por los jueces señora Myriam Urbina Perán y don Jaime Medina Jara, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa rol interno del tribunal N° 136-2005, seguida en contra de CRISTIAN ANDRES PIZARRO PÉREZ, cédula nacional de identidad N°16.524.320-0, chileno, soltero, de 18 años de edad, trabajador, domiciliado en calle Thompson N° 450, Taltal.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el Fiscal de Taltal don Jorge Belaúnde Tapia, domiciliado en calle Serrano N°637 de dicha ciudad.

La defensa del imputado estuvo a cargo del abogado de la Defensoría Penal Pública, don José Fuentealba Riquelme, con domicilio en Arturo Prat N°496, Taltal.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público fundó su acusación en que el día 17 de mayo de 2005, pasadas las 00:00 horas, Cristian Andrés Pizarro Pérez, ingresó a las dependencias del inmueble ubicado en Avenida Matta N° 1560, de Taltal, escalando al efecto una reja de aproximadamente 2 metros de altura, accediendo a un antejardín para luego una vez en el interior ingresar a una oficina a través de un ventanal que tenía un vidrio roto cubierto por un cartón, accediendo luego a un patio interior desde donde procedió a apropiarse con ánimo de lucro y sin autorización de su dueño, de un vehículo marca Nissan, tipo jeep, modelo Pathfinder, año 1996, color rojo, placa patente NP 3978, de propiedad de don RICARDO DE JESUS LÓPEZ LÓPEZ, para luego darse a la fuga, conduciendo el referido vehículo, atravesando con éste, el portón de acceso de la propiedad que se encontraba cerrado, ocasionando daños al portón y vehículo. Además en su fuga, el señor Pizarro Pérez, a fin de impedir su captura, estrelló el jeep contra una jardinera logrando ser detenido por personal policial en calle Progreso esquina Bilbao de Taltal. Los daños fueron evaluados por el ofendido correspondiente al portón y al vehículo en la suma aproximada de \$ 1.400.000.-

A juicio de la fiscalía los hechos descritos configuran el delito consumado de robo en lugar habitado o en sus dependencias, previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1 del Código Penal y daños simples previsto y sancionado en el artículo 487 del Código Penal. Atribuyéndole al acusado la calidad de autor de los mismos.

DÉCIMO TERCERO: Que beneficia al acusado la atenuante de irreprochable conducta anterior, contemplada en el artículo 11 N°6 del Código Penal, acredita con el

mérito de la convención probatoria acordada por los intervinientes, en cuanto señala que el **extracto de filiación y antecedentes del acusado carece de anotaciones pretéritas**, sin perjuicio, que el mismo fue incorporado como documento por la fiscalía.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N°6, 14 N°1, 15 N°1, 18, 24, 50, 68, 69, 432, 442 N°1 del Código Penal y, artículos 48, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

Que se **condena** al mismo acusado a la pena de **quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio**, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, en perjuicio de Ricardo de Jesús López López, hecho perpetrado en la ciudad de Taltal, el día 17 de mayo del año 2005.

Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta. 27 de septiembre de 2005, Rit 137-2005.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que el Ministerio Público fundó su acusación, según se lee en el auto de apertura de Juicio Oral, en los hechos siguientes: “El día 26 de diciembre de 2004, alrededor de las 13.00 horas, el imputado en el muelle histórico de esta ciudad, se acercó a un menor de 14 años quien llevaba su bicicleta por las manillas, y lo empujó, botándolo de espaldas, arrebatándole la bicicleta. Luego empujó a un amigo del menor quien intentó oponerse a la sustracción de dicha bicicleta, llevándose la. El imputado fue sorprendido en calle Ossa esquina Uribe de esta ciudad andando en la bicicleta”.

A juicio del Ministerio Público los hecho relatados configuran el delito consumado de robo con violencia, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° en relación al artículo 432, ambos del Código Penal, correspondiéndole en el mismo al acusado la calidad de autor, en conformidad al artículo 15 N° 1 del Código Penal, por haber participado de una manera inmediata y directa en los hechos.

DÉCIMOCTAVO: Que beneficia al acusado la atenuante de irreprochable conducta anterior, prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, establecida con el merito de la convención probatoria celebrada por los intervinientes en la que se indicó que a la fecha de comisión de estos hechos el imputado don Jonathan Miranda Montes **no registraba anotaciones en su extracto de filiación y antecedentes por crimen, simple delito o falta.**

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 21, 24, 26, 30, 50, 68, 69,72, 432 y 436 inciso segundo del Código Penal; 37, 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344 y 346 del Código Procesal Penal; Ley 18.216, se declara:

I.- Que se condena al acusado **Jonathan Alejandro Miranda Montes**, ya individualizado, como autor del delito de robo por sorpresa en perjuicio de don Matías Botero Zúñiga perpetrado en esta ciudad el día 26 de diciembre de 2004, a la pena de **SESENTA Y UN DÍAS** de presidio menor en su grado mínimo, más las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, con costas.

1.1.2. La irreprochable conducta anterior como circunstancia muy calificada

Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta. 25 de mayo de 2007, Rit 69-2007.

Considerandos relevantes:

CONSIDERANDOS RELEVANTES.

SEGUNDO: Que la acusación deducida por el Ministerio Público en contra del acusado es del tenor siguiente: “El día 17 de diciembre del 2006, alrededor de las 21.10 horas, en circunstancias que la víctima conducía su automóvil al llegar a calle Andrés Bello, se percató que había olvidado la documentación del mismo, por lo cual procedió a estacionarse en el lugar, en los momentos en que cerraba la puerta del móvil, se le acercó el imputado, quién lo agredió con un elemento contundente en el rostro cayendo al suelo, instante en que el imputado le pidió que le hiciera entrega de las llaves del vehículo, ante la negativa de la víctima se produjo un forcejeo logrando reducir al imputado. Las lesiones de la víctima son de carácter leves”.

En opinión del Ministerio Público los hechos reseñados precedentemente son constitutivos del delito de robo con violencia en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero del Código Penal en relación con el artículo 450 del mismo cuerpo legal. Correspondiéndole al acusado en el desarrollo de los mismos la calidad de autor, en los términos contemplados en el artículo 15 Nro. 1 del Código Penal.

DÉCIMO CUARTO: Además, el defensor incorporó para los efectos del artículo 343 del Código Procesal Penal los siguientes documentos con la finalidad de calificar la conducta de su representado, los cuales pueden ser separados en familiares y laborales a saber:

A.-FAMILIARES

1.- Documento del Hospital Regional de Antofagasta de fecha 13 de febrero de 2003 a nombre de Cindy Rojas Rojas en la cual certifica haberle practicado ecotomografía obstétrica cuyo feto viene con malformaciones (menor Benjamín Marín Rojas).

2.- Certificado de fecha 14 de abril de 2004 emitido por el Servicio de Salud de Antofagasta, que da cuenta de la enfermedad que sufre el hijo del imputado menor Benjamín Marín Rojas, consistente en el síndrome de Prune Belly.

3.- Carta de la Fundación Teletón de fecha 3 de noviembre de 2006 dirigida al jardín infantil Dumbo certificando que Benjamín Marín Rojas sufre del síndrome Prune Belly, malformación extremidad inferior derecha y deficiencia muslo derecha, y que podría ser recibido en dicha institución.

4.- Documento de fecha 23 de febrero de 2007 de la Sociedad Boliviana de Pediatría en que se da cuenta que Benjamín Marín Rojas sufre del síndrome Prune Belly. Características de éste y su tratamiento.

B.-LABORALES.

a.- 2 Contratos de trabajo de Constructora del Pozo de fechas 3 de febrero de 2004 y 13 de septiembre de 2004, en donde se establece que el acusado se desempeñó como operario

b.- Contrato de trabajo la Empresa Constructora Cociva de fecha 10 de diciembre de 2004 suscrito con el acusado en donde se establece que éste se desempeñó como jornalero.

c.- Contratos de trabajo de la Empresa Constructora Tecsa de fecha 5 de enero de 2005 y 22 de agosto de 2005 suscrito con el acusado para desempeñarse como jornalero.

d.- Contratos de trabajo de Constructora del Pozo de fecha 7 de diciembre de 2005 suscrito con el acusado para desempeñarse como jornal.

e.- Certificado emitido por la Constructora Ecomi Ltda., suscrito por Francisco Miranda Henríquez, el que da cuenta que el imputado prestó servicios como jornalero entre el 16 de agosto al 17 de diciembre de 2006 para dicha empresa y que la conducta laboral percibida en éste fue adecuada.

f.- Finiquito de contrato con Empresa Constructora Ecomi Limitada de fecha 2 de enero de 2007 correspondiente al periodo 16 de agosto al 20 de diciembre de 2006.

Finalmente acompañó asimismo Informe Social evacuado por doña Yanella Delgado González correspondiente al imputado y su grupo familiar en que indica en síntesis:- que la situación económica de Marín Naranjo es deficiente ya que no cuenta con medios para satisfacer sus necesidades básicas siendo el principal sostenedor de su hijo.

Que por mayoría se acoge la petición de la defensa en cuanto a considerar la conducta del acusado como muy calificada, y de este modo bajar la sanción un grado, quedando esta en cinco años de presidio menor en su grado máximo, y permitirle de este modo ser objeto del beneficio de la Libertad Vigilada.

Al efecto, si bien abstractamente esta calificante no aparece muy evidente, **un análisis más fino, permite con los antecedentes allegados por su defensa como su informe social, y una serie de contratos de trabajo, a lo que se añade su informe presentencial favorable, descubrir una realidad familiar y social, de la cual los sentenciadores no pueden desentenderse, si se pretende comprender a cabalidad la justicia y racionalidad del carácter impositivo de las penas.**

El acusado es padre de un menor de 4 años de edad, que presenta gravísimas deficiencias físicas y el cual aún trabajando y quebrado su vínculo sentimental con la madre, cuidaba y atendía responsabilizándose de toda su mantención, cuidado y tratamiento en la Teletón, por cuanto dicho menor presenta el síndrome de Pruni-Belly, careciendo de función renal en términos normales, evacua sus fecas por el abdomen, y presenta la ausencia de un fémur que le hace arrastrarse y ser absolutamente dependiente.

Se agrega a lo anterior, que el acusado siempre trabajó y aportó a su hogar, desde muy joven a los 15 años en adelante, se mantuvo en permanente actividad laboral aún sin estudios hasta que fue detenido por los hechos de la causa, antecedentes que no son menores, en cuanto demuestra hábitos socio-laborales afianzados y que unido a su capacidad empática y reforzamiento en su autoestima – como lo indica el informe de Gendarmería de Chile- permitiría su adecuada reinserción social en el medio libre.

A todas luces, la privación de la libertad en modo alguno garantiza que la conducta por la cual se le condenó no vuelva a repetirse, pero el beneficio de la libertad si asoma como una oportunidad concreta y cierta para reencontrarse con el modo de vida que tenía antes de los sucesos que le llevaron a delinquir.

DÉCIMOQUINTO: Que al acusado Eduardo Antonio Marín Naranjo lo beneficia una atenuante muy calificada, esto es su irreprochable conducta anterior y siendo la pena a aplicar la de presidio mayor en sus grados mínimos a máximos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 bis del Código Penal, el Tribunal ha de imponer la pena inferior en un grado al mínimo de lo señalado, esto es, presidio menor en su grado máximo.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 7, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 26, 29, 50, 68, 68 bis, 432, 436 inciso primero, 439 y 450 del Código Penal y 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344, 346 y 347 del Código Procesal Penal, ley 18216 se declara:

I.- Se condena a Eduardo Antonio Marín Naranjo, ya individualizado, a la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo, como autor del delito de robo con violencia en perjuicio de Jorge Rodrigo Opazo García, perpetrado el día 17 de diciembre del año 2006 en esta ciudad.

Se previene que el Juez, Señor Jaime Medina Jara estuvo por rechazar la solicitud de calificar la conducta del acusado, pues **la prueba rendida al efecto sólo ha logrado acreditar que éste ha demostrado un comportamiento normal medio de cualquier persona, exenta de reproches penales anteriores según se acreditó por el Ministerio Público al incorporar a la audiencia mediante su lectura su extracto de filiación y antecedentes, pero de modo alguno los documentos acompañados son demostrativos una conducta sobresaliente, que justifique la disminución de la pena a aplicar.** Asimismo los antecedentes mórbidos de su hijo y su situación social tampoco lo ameritan, ya que los mismos se desprende que las redes de apoyo social y familiar a su respecto lo han apoyado permanentemente. Fluye de lo anterior que la pena a imponer ha de ser de presidio mayor en su grado mínimo y la solicitud del beneficio de libertad vigilada debe ser desestimada.

Corte de Apelaciones de Santiago. 13 de noviembre de 2006, Rol 2040-2006.

Considerandos relevantes:

SANTIAGO, trece de Noviembre de dos mil seis.

VISTOS: Oídos los intervinientes y teniendo presente:

Primero: Que el Defensor Juan Eduardo Hernández Faundez deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada en juicio oral por la sala del Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, integrada por Geni Morales Espinoza, Ana Emilia Ethit Romero y Marcela Sandoval Durán, de fecha siete de octubre de dos mil seis, mediante la cual se condenó a José Luis Cerda Painiqueo y Marco Antonio Marambio Martínez, como autores del delito de robo con intimidación, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, respectivamente, más accesorias que se señalan en el fallo. Señala la recurrente que el fallo impugnado adolece de tres causales de nulidad, consistentes en la omisión del requisito previsto en el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, en el sentido que la sentencia carece de fundamentación en cuanto a la valoración de los medios de prueba que motivan sus conclusiones, vulnerándose con ello lo prescrito en el artículo 297 del Código Procesal Penal. Alega la recurrente que en ninguno de los considerandos, refiriéndose a los fundamentos séptimo, octavo y décimo, contiene una fundamentación que permita un razonamiento conducente a concluir, en el sentido como lo han hecho los sentenciadores, por lo cual debe acogerse dicha causal de nulidad por infracción al artículo 342 letra c), en relación al artículo 374 letra e), ambos del Código Procesal Penal. En segundo término, invoca la causal prevista en el artículo 374 letra c) del Código Procesal Penal, en el sentido que se impidió por parte del Tribunal Oral que declararan todos los testigos de la defensa, de forma tal, que se ha impedido al Defensor ejercer las facultades que el legislador le otorga, al limitar el número de testigos de la defensa a sólo dos testimonios, lo que es causal de nulidad, arguye la recurrente. En tercer lugar, se invoca la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal al hacerse una errónea aplicación del derecho por parte de los sentenciadores que ha influido "sustancialmente" en relación de la concurrencia de la agravante del artículo 456 bis N°3 del Código Penal y la concurrencia de la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal. Las infracciones de ley que han influido en el fallo, dicen relación con la extensión de las penas impuestas en cuanto a considerar agravantes y desconocer una atenuante. En virtud de las tres causales invocadas la solicitante pide acoger la nulidad por cada una de ellas, declarando nula la sentencia y el juicio oral, y ordenando la realización de un nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado.

Cuarto: Que la segunda causal alegada por la recurrente es la del artículo 374 letra c) del Código Procesal Penal, esto es "cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga", para lo cual la peticionaria de nulidad invoca que sólo se le autorizó la deposición de dos testigos de su parte, circunstancia que afectó de forma manifiesta la calificación de la atenuante alegada por él; al efecto, en el considerando duodécimo las sentenciadoras de primer grado se hacen cargo de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, al estimar que esta no concurre por no existir de forma "sustancial" una colaboración por parte de los imputados, que pudiera influir de manera causal en el esclarecimiento de los hechos y, por otro lado, al no existir mérito suficiente para calificar la conducta del imputado en orden a que "no tiene antecedentes anteriores", de manera tal, que le pudiera ser aplicable el artículo 68 bis del Código Penal. En cuanto a esta causal, no resulta suficiente en criterio de esta Corte, el hecho que el imputado Marambio tenga irreprochable conducta anterior, **ya que se requiere para su "calificación", que además de la irreprochabilidad de la conducta social del individuo, el tribunal dentro de su facultad para considerar la rebaja del artículo 68 bis del Código punitivo, y concurriendo una sola atenuante, deberán existir antecedentes suficientes en cuanto a la calidad de los hechos o a la particularidad de la situación fáctica, para que el tribunal los considere en el sentido pretendido por la recurrente, elementos que en la especie no concurren,** amén de

ser esta una facultad privativa de los jueces de fondo, cuya denegación en caso alguno es susceptible de impugnarse por el recurso de nulidad.

Por estas consideraciones y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 373 letra b), 374 letra e) y 374 letra c), todos del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por el Defensor Privado Juan Eduardo Hernández Faundez, en favor de los imputados José Luis Cerda Painequeo y Marco Antonio Marambio Martínez.

1.1.3. Jurisprudencia que considera el aspecto positivo de la irreprochable conducta anterior

Corte de Apelaciones de Santiago. 26 de Diciembre de 2006, Rol 2323-2006.

Considerandos relevantes:

Santiago, veintiséis de diciembre de dos mil seis.

Vistos y oídos: En los antecedentes Ruc 0600294388-1, Rit 274-2006 del Tercer Tribunal en lo Penal de Santiago, con fecha once de noviembre de dos mil seis se dictó sentencia definitiva por la cual se absolvió al acusado Javier Antonio Villarroel López y se condenó a los acusados Edmundo Gregorio Millán Díaz y Jonathan Enrique Villavicencio Torres, a la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias correspondientes, como coautores del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación ocurrido el 30 de abril de este año en la comuna de Lo Barnechea, Santiago. Contra este fallo el defensor penal público Mario Fernando Quezada Vargas, en representación de los sentenciados Millán y Villavicencio deduce recurso de nulidad fundado en la causal de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, del mismo código, porque se ha efectuado una valoración de los medios de prueba que contradice los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, llegando a establecer su participación criminal sin que se hubiese superado el límite de toda duda razonable. Como explicación señala que la sentencia considero parcialmente a la hora de valorarlos los dichos de los testigos de cargo a pesar de haber expuesto latamente su contenido. No es posible, sostiene el recurso, que el fallo se fundamente únicamente en prueba indirecta para sentar la participación y se contraía a la lógica y a las máximas de experiencia, si los testigos que primero llegaron al lugar del delito no vieron a nadie, es decir, no presenciaron el ingreso, la entrada al inmueble, ni la fuerza ejercida, hecho que es de la esencia del ilícito. Para establecer lo anterior ni siquiera se tiene prueba indirecta "dice-, puesto que el primer testigo narró que al llegar escuchó por el citófono descolgado voces al interior del domicilio afectado y luego escuchó portazos en la parte delantera de la casa y vio al taxi en la parte de atrás y a la camioneta por delante, de donde resultaría que las personas que salieron del inmueble lo hicieron a bordo de la camioneta doble cabina que se dio a la fuga, y no como concluye la sentencia. Del análisis de esta testimonial y del resto entiende que el taxi en que se desplazaban los acusados llegó después al sitio del suceso. También sería contrario a la lógica y a la experiencia, la afirmación del fallo de tratarse de una persecución ininterrumpida, ya que si el primer testigo llegó a la 1.27 A.M. y según el otro policía, la detención se produce a las 2.00 A.M., no sería posible

sostenerla, además que el testigo Juan Martín Morales manifestó al ser contrainterrogado que la persecución no fue desde el lugar del robo. De acuerdo con los antecedentes que señala, la persecución se habría iniciado treinta minutos después del robo. Sostiene, en conclusión, que lo único que cabía en contra de sus representados es la presunción legal del artículo 454 del Código Penal, la que, estaría desvanecida por los buenos antecedentes de Villavicencio Torres, y en el caso de Millán Díaz, también porque su condena anterior no es por robo. Subsidiariamente, plantea la nulidad sobre la base de la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, la que sustenta en la infracción del artículo 11 N° 6 del Código Penal, en atención a que la sentencia no reconoce la atenuante de irreprochable conducta anterior en virtud de anotaciones prontuariales relativas a procesos no terminados, lo que a su juicio vulnera la presunción de inocencia contemplada en el artículo 4° del Código Procesal Penal. Estima que esta es la situación del sentenciado Villavicencio, y la influencia en lo dispositivo es que de otro modo no se habría impuesto la pena en su máximo, pidiendo, en este caso, se anule sólo la sentencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 385.

6. Que en lo concerniente a la causal invocada en subsidio de la anterior, el tribunal estima que no ha existido error de derecho al rechazarse la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal. Ello, por cuanto la defensa la afinca únicamente en la ausencia de condena anterior y si bien, éste se puede conceptuar como un requisito negativo, no se sigue de esto necesariamente que la conducta fuera irreprochable. No se comprende, en estricto rigor, en el requisito negativo esta cualidad. Etcheberry, lo sitúa, por ejemplo, abarcando el campo de la moral y de las buenas costumbres, pero siempre que se la visualice en un sentido social y no puramente privado. Cury, por su parte, si bien considera que el requisito es puramente negativo, en cuanto implica una conducta exenta de tacha, agrega que ha de establecerse que el autor se abstuvo siempre de obrar mal. También considera a la irreprochabilidad ligada al comportamiento ético con significación social, pero en todo caso, señala que debe juzgarse con un criterio relativo a las circunstancias personales del sujeto, para decidir quien tiene una conducta irreprochable. Es decir, no basta la pura ausencia de condenas. En cualquier caso, además debe tenerse en cuenta, como dice Etcheberry, que el escueto texto legal deja un gran margen para el arbitrio judicial o, como critica Cury (aunque justificando este actuar bajo ciertas premisas) que en la práctica suele aceptarse con una prueba superficial de que el sujeto no ha sido condenado antes por otro delito. De lo anterior se desprende que no se puede reprochar como error de derecho el que la sentencia rechace esta atenuante acerca de un imputado respecto del cual sólo se sabe que no ha sido condenado, pero que sí registra procesamientos por receptación y robo con fuerza en las cosas en la causa rol N° 4.654-2.004 del 31° Juzgado del Crimen de Santiago, la que se elevó a plenario acusándose por receptación (considerandos 8 y 9). Más aún, cuando, hay elementos cuya exacta significación no aparece del todo clara en la ley. En cuanto al argumento del recurso, de que beneficia al sentenciado Villavicencio entre tanto no se dicte sentencia condenatoria firme, la presunción de inocencia, ello no implica que exista el error de derecho que se pretende, porque, conforme lo dicho, la simple o sola ausencia de condena no significa de por sí una conducta anterior irreprochable, y porque naturalmente son cosas conceptualmente, al menos, distintas: La presunción de inocencia significa que respecto de esas anotaciones, de esos delitos, no puede ser considerada como culpable ni tratada como tal, mientras no recaiga sentencia firme que así lo establezca y declare, pero no nos dice de la total falta de tacha del comportamiento ético social de la misma persona.

7. Que, por las razones anotadas, esta causal tampoco puede ser acogida. Por estos fundamentos y lo dispuesto, además, en los artículos 352, 358, 360, 372, 376, 384 y 387 del Código Procesal Penal, se desecha el recurso de nulidad interpuesto por el defensor penal público Mario Fernando Vargas Quezada en representación de Edmundo Gregorio Millán Díaz y Jonathan Enrique Villavicencio Torres, contra la sentencia definitiva de once de noviembre de dos mil seis pronunciada por el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago en los antecedentes RUC 0600294388-1, RIT 274-2006, la cual, por consiguiente, no es nula, como tampoco lo es el juicio oral respectivo que ha clausurado. Regístrese y comuníquese vía fax. Redacción del ministro señor Silva. N° 2.323-2.006.

1.2. La atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal en la jurisprudencia de la reforma procesal penal

1.2.1. Jurisprudencia que reconoce la configuración de la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal por aceptación del Procedimiento Abreviado

Juzgado de Garantía de Colina. 21 de marzo de 2006, Rit 901-2005.

Considerandos relevantes:

1.2. Que la acusación se sostuvo en los siguientes hechos: “El día 07 de agosto del 2005, aproximadamente las 23:45 horas, en circunstancias que la víctima, don José de la Cruz Silva Vilches, conducía el vehículo Placa Patente Única UH – 1103, marca Daewo, modelo Lanos de color blanco, por calle San Alberto con calle La Abarca de la comuna de Colina, luego de dejar un pasajero y al regresar a Santiago, por encontrarse perdido, consultó en esa intersección de calles a dos mujeres, por el camino de acceso hacia la autopista para regresar a Santiago, momento que fue aprovechado por el imputado Jimmy Anthony Ruz Sánchez y otro sujeto, para abalanzarse sobre la víctima, introduciendo uno de ellos su cuerpo por la ventana del costado del conductor, mientras el otro intimidaba a la víctima con un cuchillo, tomándolo desde sus ropas y sacándolo hacia fuera del vehículo. Luego de esto, el imputado, Jimmy Anthony Ruz Sánchez conjuntamente con las mujeres y el otro sujeto ya referidos, procedieron a abordar el automóvil en que se desplazaba la víctima, dándose a la fuga con dirección a la comuna de Lampa. Posteriormente, colisionaron el vehículo contra una alambrada y sustrajeron el radiotransmisor del automóvil para luego huir a pie, siendo posteriormente reconocidos por la víctima y detenidos por Carabineros.”

HECHO N° 01: El día 08 de junio del año 2005, a las 18:30 horas aproximadamente, ingresaron a la Boutique "ICHAS", ubicada en calle Bulnes N° 411 de Salamanca, de propiedad de doña Matilde Bugueño Cuevas, la cual se encontraba atendiendo a otro cliente, oportunidad que aprovecharon para sustraer Olivares Henríquez, un par de zapatillas, marca Adidas de color azul que se encontraban en) a vitrina valuadas en la suma de \$49.000.-, y al verse sorprendido huyó en dirección desconocida, siendo reconocido por la víctima en la Subcomisaría de Carabineros de Salamanca.

A juicio del Ministerio Público, los hechos relatados constituyen el delito de Robo con intimidación, previsto y sancionado en el art. 436 en relación al art. 432 del Cód. Penal, en grado de consumado, cabiéndole al acusado Ruz Sánchez, participación criminal en calidad de autor.

5.2. Que asimismo, le beneficia la mitigante contenida en el N° 9 del art. 11 del Cód. Criminal, configurada según indicó el Ministerio Público, por acceder el reo a este procedimiento abreviado, con la aceptación de los hechos y antecedentes investigativos que conlleva, argumentación hecha suya por la defensa, la que además invocó la declaración inculpativa prestada en estrado por el acusado.

No está demás en este capítulo, explicar que la “facultad” incorporada por la ley 20.074 en el el inc. 3º del art. 407 del Cód. Procesal Penal a favor del Ministerio Público, consistente en que dicho ente podrá considerar la aceptación de los hechos de la acusación como suficiente para estimar que concurre la minorante en análisis, debe hacerse extensiva al Tribunal, por cuanto, de otro modo, ningún efecto y relevancia tendría reconocerla al acusador para someter el conocimiento de los hechos al procedimiento abreviado, si el Juez de Garantía, que es el órgano que debe examinar la plausibilidad de la concurrencia de la modificatoria, y luego, valiéndose de las reglas para la determinación del grado de la pena, resolver si es procedente este tipo de procedimiento (art. 410 del Cód. Procesal Penal), estableciera en dicho estadio procesal mayores requisitos que la propia ley para su aceptación.

Ahora, al utilizar el legislador el verbo poder en su tiempo futuro imperfecto, está aludiendo a una mera posibilidad, y por tanto, no siempre la aceptación de los hechos conducirá indefectiblemente a esta atenuante. Qué hará la diferencia entre un caso y otro debe ponderarlo primero el Fiscal al proponer su reconocimiento al Tribunal, y luego este órgano, para decidirlo en su fallo, basados ambos en el mérito de los antecedentes. Un criterio para zanjarlo no podría ser que mediante la aceptación de los hechos, se acreditan presupuestos fácticos de la acusación que no tienen ningún respaldo en la investigación, pues el inc. 2º del art. 412 del Cód. Procesal Penal, expresamente veda esa posibilidad, al preceptuar que la sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado. Sin embargo, podemos encontrar situaciones, en que pese a existir antecedentes acopiados durante la investigación que respaldan el hecho y la participación atribuida por el acusador al reo, ellos se vean fuertemente reforzados con la aceptación de éste, permitiendo al Juez superar las dudas que el registro de las pesquisas podría no despejar absolutamente, y alcanzar con mayor expedición o seguridad la convicción condenatoria, y por ende, con innegable sustancialidad. Adviértase que en esta hipótesis, no se infringe el art. 412 citado, pues lo que éste prohíbe es dictar condena, basándose “exclusivamente” en la aceptación, y no en base a la apreciación conjunta de los antecedentes de la investigación y la aceptación del acusado.

Una vez aceptado el procedimiento abreviado, previo debate, y analizados en detalle los antecedentes investigativos, ahora para fallar el fondo de la controversia, podría estimar el Tribunal como no concurrente la atenuante, por no apreciar las circunstancias ya dichas en el párrafo anterior, pero en ningún caso dar marcha atrás sobre lo resuelto, y argüir la insuficiencia de la aceptación, pues implicaría sostener criterios antagónicos en las sucesivas etapas del juicio, lo que colisiona con la certeza y racionalidad que deben revestir las decisiones emanadas de órganos jurisdiccionales.

Atento a estas consideraciones, normas citadas, y a lo dispuesto en los arts. 1, 11 N° 6 y 9, 14, 15, 22, 26, 30, 50, 68, 69, 72, 432, y 436 del Cód. Penal; 4, 47, 295, 297, 340, 342, 348, y 406 y ss. del Cód. Procesal Penal; y, 3 y ss. de la ley 18.216, se declara que:

Se **condena** a **JIMMY ANTHONY RUZ SÁNCHEZ**, ya individualizado, a la pena de **TRES AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO**, y a la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, si alguno desempeñare, por su responsabilidad como autor del delito de Robo con intimidación descrito y sancionado en los arts. 432 y 436 inc. 1° del Cód. Penal, perpetrado el 7 de agosto de 2005, en la comuna de Colina y en perjuicio de José Silva Vilches.

Juzgado de Garantía de La Serena. 05 de junio de 2007, Rit 3605-2006.

Considerandos relevantes:

PRIMERO: Que el Ministerio Público de esta ciudad, con fecha 14 de noviembre de 2006, representado por la señora fiscal adjunto Wally Schuster Jaramillo, con domicilio en calle Eduardo De La Barra N° 315, de esta ciudad, formuló acusación en contra de Jorge Eliod Olivares Olivares, chileno, soltero, nacido en esta ciudad el 26 de febrero de 1983, 24 años de edad, cédula nacional de identidad N° 15.673.8922-1, obrero, domiciliado en pasaje Cayetano Contador N° 4062, Población El Tofo, Compañía Alta, La Serena, representado por el señor defensor público Erick Astudillo Canessa, domiciliado en Avenida El Santo 1160 de esta ciudad.

La pretensión punitiva se funda en que el día 12 de febrero de 2005, en horas de la madrugada, el acusado concurrió hasta el domicilio ubicado en calle Enrique Campino N° 4142, población El Tofo de esta ciudad. Para ingresar el acusado escaló al techo del garaje, para luego hacer un forado en el mismo, ingresando al interior de las dependencias destinadas a casa habitación de Juana del Carmen Muñoz Romero, quien en esos momentos no se encontraba en el domicilio, desde donde sustrajo un DVD, marca Groven, un teclado musical marca Casio y alrededor de 50 discos compactos de diferentes interpretes, especies con las cuales se dio a la fuga del lugar.

Los hechos antes descritos configuran a juicio de la Fiscalía el delito de robo en lugar destinado a la habitación, contemplado en el artículo 440 N° 1 del Código Penal en relación con el artículo 432 del mismo cuerpo legal, ilícito en el cual le ha correspondido al acusado participación en calidad de autor del mismo, en grado de consumado.

NOVENO: Que favorecen al encausado las circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal contempladas en el artículo 11 N° 6 y 9 del Código Penal, teniéndose por acreditada, la primera de ellas, esto es, la irreprochable conducta anterior con su extracto de filiación y antecedentes exento de anotaciones pretéritas a la fecha de comisión del delito; en tanto que la segunda, vale decir, **la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, se tiene por acreditada, no solo, por la circunstancia de haber reconocido su participación en los mismos en la etapa de investigación, lo que permitió que la víctima recuperara algunas de las especies sustraídas, sino que, además, por el hecho de haber aceptado que la causa se tramitara de acuerdo con el procedimiento, según lo dispuesto en el artículo 407 del Código Procesal Penal.**

Por estas consideraciones y teniendo, además presente, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6 y 9, 14, 15, 21, 30, 50, 68, 69, 72, 74, 432 y 440 N° 1 del Código Penal; 297, 340, 341, 343, 406, 407, 412, 413 y 415 del Código Procesal Penal; 600 del Código Orgánico de Tribunales; y Ley 18.216, se declara:

I.- Que se condena a Jorge Eliod Olivares Olivares, ya individualizado, a sufrir la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, en grado de consumado, cometido en esta ciudad el día 12 de febrero de 2006, en perjuicio de Juana del Carmen Muñoz Romero.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas. 23 de agosto de 2006, Rol 109-2006

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que respecto a la negativa del Juez de Garantía de considerar a favor de los imputados la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, fundado en que este es una facultad del a quo para acogerla o aceptarla, estos sentenciadores difieren de dicha fundamentación. **En efecto, el artículo 407 inciso 3° del Código Procesal Penal, fundado en la naturaleza misma del Procedimiento Abreviado, supone la existencia de la causal, por el sólo hecho de que el acusado admita los hechos de la acusación, el Ministerio Público podrá pedir se considere la atenuante, sin que sea necesaria otra conducta de éste para colaborar sustancialmente** en el esclarecimiento de los sucesos y que en la especie tampoco fluye que los acusados hayan negado su participación o entorpecido la investigación, a lo cual se agrega que éstos, al ser detenidos por Carabineros, reconocieran inmediatamente el origen de las especies, motivo por el cual, este Tribunal, les acoge la minorante alegada por la defensa y aceptada por el Fiscal.

Por estas consideraciones y atendido además, lo dispuesto por los artículos 11 N° 9 y 68 del Código Penal y artículo 352, 360, 365 y 407 del Código Procesal Penal, se CONFIRMA la sentencia apelada de 29 de Julio último, escrita de fojas 114 a 119, con las siguientes declaraciones: a) Que la pena impuesta a cada uno de los acusados JUAN ANTONIO ALMONACID MIRANDA y FREDY NOLASCO AMPUERO AMPUERO, por su responsabilidad de autores del delito de robo con fuerza en las cosas en sitios no destinados a la habitación en perjuicio de ENAP, perpetrado en la Comuna de Primavera, el día 20 de Noviembre del 2005, se reduce a trescientos días de presidio menor en su grado mínimo. b) La pena impuesta a JUAN AMADEO AMPUERO GALINDO, como autor del mismo delito, se reduce a sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo. Xbrdr0 Regístrese, dése lectura en su oportunidad y devuélvase. Redacción del Fiscal Judicial señor Aner Ismael Padilla Buzada. Rol N° 109/2006.

Corte de Apelaciones de San Miguel. 5 de enero de 2006, Rol 618-05

San Miguel, cinco de enero de dos mil seis.

Vistos: Se reproduce el fallo en alzada, de seis de diciembre del año recién pasado, con excepción de su fundamento sexto, que se elimina, en sus citas legales se agrega la referencia al artículo 11 N° 9 del Código Penal y los artículos 6° y 11 de la Ley 17.798. Y se tiene en su lugar y además, presente: Primero: Que favorece también al imputado, la circunstancia atenuante de su responsabilidad penal, de haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, que contempla el artículo 11 N° 9 del Código Penal. Segundo: Que **esta colaboración sustancial, consistió en haber reconocido el acusado los hechos materia de la acusación y principalmente por haberse allanado tanto él como su defensor a la continuación del procedimiento conforme a las normas del abreviado con lo que se permitió prescindir del juicio oral, público y contradictorio lo que facultó al Tribunal de garantía condenar de inmediato y más allá de toda duda razonable, y a la Fiscalía acusar en la misma audiencia;** Tercero: Que favoreciendo en consecuencia al sentenciado dos circunstancias de atenuación de la pena y no perjudicándole agravante, esta Corte le aplicará la pena menor asignada al delito rebajada en un grado, esto es a presidio menor en su grado mínimo. Por estas consideraciones, y atento a lo previsto en los artículos 68 del Código Penal y 406 y siguientes del Código Procesal Penal, SE CONFIRMA la sentencia apelada de seis de diciembre de dos mil cinco, con declaración de que se rebaja la pena impuesta al sentenciado a SESENTA Y UN DIAS de presidio menor en su grado mínimo, más la accesoria impuesta en el mismo fallo que se revisa, como autor del delito de porte de arma de fuego cometido el 22 de agosto del año 2005. El plazo de observación al que queda sometido el sentenciado con motivo de la remisión condicional de la pena concedido en el fallo en revisión se reduce al término de un año. Se dio conocer lo resuelto a los intervinientes presentes, se ordenó notificar por el estado diario y se elevó la presente acta que firma el señor Relator que actúa como Ministro de Fe. Regístrese y devuélvase. Redactó el Abogado Integrante señor Fernando Iturra Astudillo. ROL 618-2005 RUC 0500382179-1 RIT 785-2005 Pronunciada por los Ministros señora Margarita Herreros Martínez, señor Jorge Pizarro Almarza, y el Abogado Integrante señor Fernando Iturra Astudillo. San Miguel, cinco de enero del año dos mil seis notifiqué por el estado diario la resolución precedente. Pedro Maldonado E. Ministro de Fe.

Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta. 29 de junio de 2004, Rit 58-04.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: La acusación del Ministerio Público tuvo por fundamento la siguiente relación de los hechos: “El día 31 de mayo de 2003, en horas de la noche el acusado Iván Eduardo Morís León, ingresó a un inmueble ubicado en la Avenida Leonardo Guzmán sin número de Tocopilla, el cual se encuentra ubicado en el sector de playa, a la altura del N° 2800 y que correspondía al domicilio particular de Luis Ernesto Colman Barrera, para lo cual procedió mediante un golpe a fracturar la chapa de la puerta del inmueble, lo que permitió que ésta se abriera y, una vez en su interior, procedió a registrar las diversas dependencias y a sustraer desde un closet un revólver marca Ruby serie 9832, calibre 22, color negro, nueve cartuchos calibre 22 milímetros que se encontraban en el cilindro del arma, dos relojes pulsera, una caja con lapiceras y documentos varios; una vez con las especies en su poder se dio a la fuga de lugar en dirección desconocida.

Posteriormente, el día 01 de junio de 2003, aproximadamente a las 22:30 horas, en la vía pública, en circunstancias que Johana Ivonne Martínez Pereira y Cristian Alberto Muñoz Cortés caminaban por pasaje Tacora esquina calle Potrerillos, fueron abordados por el acusado Juan Alejandro Varas Duarte, el que era acompañado por el acusado Iván Eduardo Morís León y por Jonathan Eugenio Díaz Brito. Varas Duarte le solicitó a Muñoz Cortes le convidara plata y cigarrillos, y ante la negativa de éste lo procedió a amenazar con agredirlo y a insultarlo. Johana Martínez y Cristian Muñoz, continuaron caminando a paso rápido por calle Potrerillos, siendo perseguidos por los tres sujetos ya nombrados. A una cuadra del lugar, en la esquina con Pasaje Isluga, la persecución se transformó en carrera, siendo Johana Martínez alcanzada por Morís León y Varas Duarte, en la puerta del domicilio de su madre, distante a una cuadra más abajo del lugar, en la esquina con pasaje Puyehue, donde el acusado Iván Eduardo Morís León procedió a extraer desde sus ropas el revólver calibre 22 milímetros, sustraído el día anterior, el cual puso en la cabeza de la víctima y le exigió la entrega de todo el dinero que portaba, al mismo tiempo que Varas Duarte la intimidaba diciéndole que la conocía; al tiempo que se llevaba la mano a la parte trasera de su pantalón simulando tener un cuchillo. En ese momento abre la puerta del domicilio de la madre de la víctima, Carlos Bravo González, quién al ver la situación propina un golpe a Morís León, lo que hace que el revólver se caiga al suelo y se dispare un tiro, momento en el cual Varas Duarte y Morís León se traban en riña con éste último. Jonathan Díaz Brito recoge el revólver del suelo, y calma a Morís León y Varas Duarte, convenciéndolos que se retiren y los tres individuos, acto seguido, se dan a la fuga en diferentes direcciones.

Posteriormente, se procedió a la detención de Iván Eduardo Morís León, el cual fue sorprendido a unas pocas cuadras del lugar portando el revólver ya señalado entre sus ropas. El acusado, al momento de su detención, manifestó llamarse Wladimir Marcelo Castro Rojas, identidad que horas más tarde se verificó por la policía ser falsa.” A juicio de la Fiscalía los hechos descritos son constitutivos de un delito de robo en lugar habitado, previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1 en relación al artículo 432 del Código Penal, un delito de robo con violencia e intimidación, en carácter de frustrado y sancionado como consumado, ilícito previsto y sancionado en los artículos 436 inciso primero en relación al artículo 432 del Código Penal y del delito falta de ocultar su verdadero nombre y apellido a la autoridad, previsto y sancionado en el artículo 496 N° 5 del Código Penal.

Al parecer de ese organismo, al imputado Iván Eduardo Morís León, le ha correspondido, según lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, la calidad de autor del delito de robo en lugar habitado cometido el día 31 de mayo de 2003, en perjuicio de Luis Ernesto Colman Barrera; y la calidad de autor del artículo 15 N° 1 del Código Penal del delito falta de ocultar su verdadero nombre y apellido a la autoridad, previsto y sancionado en el artículo 496 N° 5 del Código Penal; asimismo a los acusados Iván Eduardo Morís León y Juan Alejandro Varas Duarte, le ha correspondido, según lo dispuesto en el artículo 15 número 1 del Código Penal, la calidad de autores directos e inmediatos del delito de robo con violencia e intimidación cometido el día 01 de junio del año 2003, en perjuicio de Johana Martínez Pereira.

DUODÉCIMO: Tal como se anticipó en la deliberación, contrario a lo sostenido por el acusador resulta innegable la colaboración que el acusado prestó a los fines de la investigación, pues al confesar desde el inicio de la investigación la comisión del delito de robo ha liberado al Fiscal de la necesidad de rendir mayor prueba a fin de establecer la relación del porte de la especie robada con la comisión personal material y directa del delito por parte de Mons León.

En el presente, el acusado fue detenido a más de 24 horas del hecho, en otro punto de la ciudad, portando un arma de fuego. Pudo existir más de una justificación para tal hecho, que bien pudo significar que el acusado fuere sancionado a otro título como receptor de la especie o por infracción a la ley de control de armas, lo que no sucedió por su espontánea confesión. Tanto es así, que si se analizan los testimonios de los funcionarios policiales queda claro que ellos solo encontraron señales de la fractura de la puerta y del registro de la casa, pero no existieron testigos, antecedentes, u otros signos o huellas que arrojaran luces ciertas sobre la forma particular en que el delito fue cometido, como la hora precisa y el modo empleado para fracturar la puerta o bien, quién o quienes habían participado en el hecho. **Suprimida la confesión ¿con qué otro antecedente contaba el investigador para establecer la participación del acusado como autor del delito? Ningún otro se presentó en la audiencia. Ha sido por la declaración del acusado que el tribunal adquirió la certeza que requería para condenarlo.**

No debe dejarse de lado que el artículo 11 N° 9 al señalar que los antecedentes que aportare el acusado importan colaborar sustancialmente a esclarecer “los hechos” comprende aquellos relativos tanto el establecimiento del hecho punible, como a la participación que en el mismo le caben a los sujetos responsables, por lo que en tal sentido habiendo sido la contribución de Mons León sustancial, se hizo lugar a acoger la atenuante invocada.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N°6, 7 y 9, 14, 15 n°1, 18, 25, 28, 29, 50, 67, 69, 432, 436, 440 n°1 y 496 N° 5 del Código Penal; 295, 297, 325 y siguientes, 48, 295, 296, 297, 344, 346, 340, 342 y 348 del Código Procesal Penal, se declara: del Código Procesal Penal, se declara:

2. Que se condena a Iván Eduardo Mons León ya individualizado, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena como autor del delito consumado de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, en perjuicio de Luis Colman Barrera, perpetrado en la ciudad de Tocopilla el 31 de mayo de 2.003. Se le condena, además, al pago de las costas de la causa.

1.2.2. Jurisprudencia que no reconoce la configuración de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal por aceptación del Procedimiento Abreviado

Juzgado de Garantía de Santiago. 02 de noviembre de 2005, Rit 309-2005.

Considerandos relevantes:

PRIMERO: Ernesto Vásquez Barriga, Fiscal Adjunto de Santiago, en causa R.U.C. N°0500290325-5 y R.I.T. N°309-05, dedujo acusación en contra de don Luciano Andrés Oteiza Castro; chileno, ignora profesión u oficio, Cédula nacional de Identidad N°14.016.217-5, con domicilio en Calle Juan Vicuña N°1456 en la comuna de Santiago

por el delito de Receptación, en conformidad con los antecedentes de hecho y de derecho que a continuación expongo:

Hechos atribuidos y su calificación jurídica.

Los hechos materia de la acusación atribuidos al imputados son a saber:

“El día 13 de julio de 2005 alrededor de las 17:00 hrs. (aproximadamente) el imputado -junto a otros sujetos- se encontraba en el Restoran Diosirac, ubicado en Ismael Valdés Vergara N°790 en la comuna de Santiago; lugar en el cual ofreció para la venta una agenda electrónica Marca Sharp modelo PA-4400H, avaluada en la suma de \$260.000.- (doscientos sesenta mil pesos), especie que pertenecía a un tercero a quien le había sido sustraída en un Robo, acaecido el domingo 10 de julio de 2005; no pudiendo menos que conocer esta circunstancia”

Los hechos relatados configuran el delito consumado de **Receptación**, ilícito previsto y sancionado por el **artículo 456 Bis A del Código Penal**.

Relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren.

A juicio del Fiscal –atendido el extracto de filiación y antecedentes del imputado- no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que analizar.

Participación que se le atribuye al acusado.

En conformidad con lo dispuesto por los artículo 14 y 15 N°1 del Código Penal, al acusado se le **atribuye participación en calidad de autor** respecto del delito por el que se acusa, por haber participado directa y materialmente en los hechos que lo configuran.

SEXTO: Que se rechaza la atenuante de responsabilidad criminal consignada en el artículo 11 N°9 del Código del ramo, por cuanto, a juicio del tribunal, **no existió una colaboración esencial del imputado al esclarecimiento de los hechos; y la aceptación de un procedimiento abreviado no logra configurar la referida minorante.**

2. Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal

2.1. Jurisprudencia relativa a la agravante del artículo12 N° 16 del Código Penal.

2.1.1. El robo por sorpresa y el robo con intimidación en las personas son delitos de la misma especie.

Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta. 06 de febrero de 2006, Rit 186-2005.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que el Ministerio Público fundó su acusación en contra del acusado en el siguiente hecho:

“El día 13 de Agosto de 2005, aproximadamente a las 13:05 hrs., y mientras doña Eliana Espinoza caminaba por calle Julio Pistelli en dirección al mar, a pocos metros de Avenida Angamos en la ciudad de Antofagasta, el acusado se le acercó por detrás, y en forma sorpresiva le sustrajo su teléfono celular con funda y un manojito de llaves que doña Eliana portaba en su mano. Con las especies en su poder, el acusado se dio a la fuga, siendo detenido por personal de Carabineros en la intersección de calles Orlando Varas y Díaz Gana, en base a información entregada por transeúntes. Al momento de la detención el imputado portaba las especies sustraídas, las que fueron recuperadas”.

Los hechos relatados configuran el delito de robo por sorpresa en grado de consumado, previsto por el artículo 432 y sancionado por el artículo 436 inciso 2º, ambos del Código Penal.

Concorre respecto del acusado la agravante de responsabilidad penal contenida en el artículo 12 N° 16 del Código Penal. No concurren circunstancias atenuantes.

DUODÉCIMO: Que el Ministerio Público señaló en su alegato inicial y de término, que perjudicaba al acusado la agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, esto es, ser reincidente en delito de la misma especie, para acreditarlo introdujo en la audiencia mediante su lectura extracto de filiación y antecedentes del acusado, el que registra la anotación siguiente, causa rol N° 41.289 - 2000 del Tercer Juzgado de Letras de Antofagasta, condenado con fecha 14 de marzo de 2001 a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo como autor de robo con intimidación. Respecto de la anotación referida precedentemente, acompañó también copia autorizada de la sentencia recaída en dicha causa en la que consta que con fecha 10 de febrero de 2001, se condenó al acusado a la pena ya indicada, de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo como autor de robo con intimidación en perjuicio y en la persona de Berti Talamilla Santillán perpetrado el día 02 de diciembre de 2000. Asimismo se acompañó copia de la sentencia de segunda instancia de fecha 14 de marzo de 2001 emanada de la ltima. Corte de Apelaciones de Antofagasta, por medio de la cual aprobó la sentencia consultada. Adjunta a la misma, rola certificado en el que se da cuenta que la referida causa se encuentra ejecutoriada. Asimismo rola certificado de cumplimiento de condena, emanado de Gendarmería de Chile en el que consta también, que el acusado cumplió la condena privativa de libertad, la que inició con fecha 02/12/2000 y egresó con fecha 09/12/2003, con beneficio de la Libertad Condicional. Agrega, que mediante Decreto Nro.914 de 05/02/2005 del Ministerio de Justicia, se le reconoció el beneficio de la ley Nro. 19.856 de Reducción de Condena, dándosele por cumplida la pena con fecha 05/12/2004.

La defensa, arguyó de contrario, que sí el tribunal estimaba que se acreditó el robo por sorpresa, dicha figura no resultaba agravada por la reincidencia específica, ya que si bien es cierto, que tanto el robo por sorpresa como el robo con intimidación, que es el delito base que se esta invocando por el Ministerio Público para establecer la reincidencia específica, afectan ambos el mismo bien patrimonial y se encuentran en el mismo párrafo del Código Penal. No lo es menos, que el robo por sorpresa en su sentido genuino es un hurto agravado por el medio comisivo que es la sorpresa, en cambio, el

robo con intimidación es un robo ya calificado como tal, en el cual, su penalidad se justifica por la amenaza que supone respecto de la víctima, es decir, se tiene un robo por sorpresa, que no pone en riesgo a la persona y el robo con intimidación que claramente lo es, y que es lo que justifica la mayor penalidad.

Por lo expuesto, considera la defensa que no se configura la reincidencia específica, por no ser delitos de la misma especie, por lo que no existiendo atenuantes ni agravantes pide se aplique la pena en su mínimo, también en este caso por la menor extensión del mal causado.

El Tribunal, respecto de lo señalado por la defensa debe indicar, que dentro de los tratadistas nacionales una primera aproximación al planteamiento efectuado por ésta, respecto del medio comisivo empleado, y que haría la diferencia entre el robo con intimidación y el robo por sorpresa, nos lo entrega el profesor Eduardo Novoa, en su obra Curso de Derecho Penal Chileno, señala: "Como la ley no especifica los caracteres comunes que han de presentar los delitos, ellos no pueden ser otros que los que los distinguen unos de otros, que son principalmente, el bien jurídico protegido, el ánimo perseguido por el delincuente y dentro de ciertos límites la forma de ejecución" (Tomo II, Págs. 96,97). Estos enunciados los desarrolla a cabalidad el profesor Curie, en su obra de Derecho Penal, al decir **que la expresión especie debe entenderse en el sentido de naturaleza o esencia, agrega como la naturaleza de los hechos se deduce de su objeto jurídico, el criterio mayoritario considera que, son de la misma especie, cuando los tipos correspondientes tienen por objeto la protección del mismo bien jurídico. Punto de inicio que también depende, hasta cierto límite, de la forma que adopta el ataque, concluyendo que sólo podrá afirmarse la reincidencia específica cuando el bien que constituye el objeto jurídico del otro delito concurrente aparezca muy destacado en el plurisubsistente y el modo de ataque, sea además semejante. En el caso que nos ocupa no cabe duda alguna que el bien protegido es el mismo, y que la defensa sólo ha centrado la diferencia entre ambos, en su forma comisiva y en su penalidad, ya que conforme a su argumentación, como se vio, serían distintas, empero ello, en el caso que nos ocupa, en cuanto al medio comisivo empleado no es así, ya que si se considera como punto de partida, para un adecuado análisis, cual es la forma de ataque en contra del bien jurídico protegido, aunque no idénticas, en ambos el acusado se prevaleció de la indefensión de la víctima, "ora por la amenaza ora por la sorpresa" puesto que en ambos se busca anular las defensas de las mismas, para lograr con igual ánimo el apoderamiento de especies muebles ajenas.** En conclusión tanto la naturaleza de ambos delitos como su forma comisiva hacen concurrente la agravante en comento en contra del acusado.

Así las cosas, en opinión de la mayoría, constando que el encausado después de haber sido condenado por el delito de robo con intimidación, previsto en el artículo 436 del Código Punitivo, acreditado con las copias autorizadas de la sentencia dictada por el Tercer Juzgado de Letras de Antofagasta, volvió a delinquir a través de un hecho de igual naturaleza, le afecta la agravante de ser reincidente en delito de la misma especie, no habiendo transcurrido el plazo que señala el artículo 104 del Código Penal. Para que este hecho sea constitutivo de agravación de responsabilidad criminal por reincidencia, es menester que la pena haya sido sufrida por el delincuente, es decir que este la haya cumplido lo que consta del competente oficio de Gendarmería de Chile, en el que señala que la pena corporal que se impuso al acusado ha sido dada por cumplida con fecha 5/12/2004, en consecuencia, concurren los dos requisitos exigidos por la ley para estimar que afecta la responsabilidad

penal del acusado, la agravante de reincidencia específica, prevista en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, que así las cosas se rechaza lo solicitado por la defensa.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 9, 12 N° 16, 14 N° 1, 15 N° 1, 21, 24, 26, 30, 50, 68, 69, 432 y 436 inciso segundo del Código Penal; 37, 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344 346 y 395 del Código Procesal Penal; Ley 18.216, se declara:

I.- Que se condena al acusado Alexi Antonio Reyes Araya, ya individualizado, a la pena de Quinientos Cuarenta y Un Días de presidio menor en su grado medio, más las accesorias de suspensión de cargo u oficios público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de robo por sorpresa en perjuicio de doña Eliana Espinoza Carrasco, perpetrado el día 13 de agosto de 2005 en esta ciudad. También se le condena al pago de las costas de la causa.

2.1.2. Los delitos de robo con intimidación y robo con fuerza no son de la misma especie

Tribunal Oral en lo Penal de La Serena. 10 de enero de 2003, Rit 49-02.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que los hechos materia de la acusación según el auto de apertura de juicio oral, consisten en que el día 20 de marzo del año 2002, a las 15:30 horas aproximadamente, en el sector del puerto de esta ciudad, cuatro sujetos premunidos cada uno de armas de fuego, llegaron hasta la distribuidora de Alimentos Dipac ubicada en calle Aldunate N° 627 y procedieron a reducir a tres de los dependientes que allí trabajaban, conminándolos a arrojar al suelo y a amenazarlos de muerte mientras los apuntaban con las armas de fuego. Los cuatro sujetos revisaron el lugar y sustrajeron \$ 438.000 en dinero efectivo, dándose a la fuga hacia el sector de la Caleta, por la Avenida Costanera, en dirección a la playa. Agrega la señalada acusación que, alertados funcionarios policiales de la comisión del ilícito, se trasladaron al sector de Avenida Costanera y Playa Changa, donde fueron alertados por transeúntes que cuatro jóvenes semidesnudos corrían por el sector de la playa en dirección a Peñuelas, ante dicha información, en el sector de Playa Edén, en un sitio erizado cubierto por pastizales, el personal aprehensor divisó a los dos acusados, logrando sus retenciones. Al efectuar un registro del lugar encontraron en la mochila que portaba LUIS ANTONIO CONTRERAS MORENO una pistola automática y un revólver, además en el bolsillo derecho de su jeans la suma de \$ 98.000.

La Fiscalía agrega que concurre en la especie respecto de ambos acusados, la circunstancia agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal y que tratándose del imputado Contreras Moreno, señala que, además, es aplicable a éste la circunstancia agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 12 N° 16 del mismo Código, a saber, ser reincidente en delito de la misma especie.

OCTAVO: Que respecto a la circunstancias agravante de responsabilidad penal esgrimida por la fiscalía en contra de Luis Alejandro Contreras Moreno, la del artículo 12 N° 16 del Código Penal, esto es, ser reincidente en delito de la misma especie, la defensa solicita su rechazo, por cuanto, según arguye, es insuficiente para su concurrencia las meras anotaciones existentes en el extracto filiación del acusado Contreras Moreno, sin que lleven el correlativo certificado de la existencia de una condena ejecutoriada.

Agrega la defensa que debe desestimarse igualmente, a mayor abundamiento, por el hecho que la anotación penal que registra el acusado no puede considerarse como de la misma especie, por cuanto la condena anterior dice relación con un delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, en grado de frustrado, es decir, se trata de un delito contra la propiedad, y en cambio el delito materia del presente juicio es un robo con intimidación, de carácter pluriofensivo, que afecta tanto la propiedad como la integridad física de las personas, circunstancia última que precisamente agrava la penalidad asignada al delito.

Que el Tribunal rechazará la agravante impetrada por la Fiscalía, teniendo en consideración que efectivamente, como arguye la defensa, el extracto de filiación no contiene antecedentes indispensables para que los juzgadores adquieran certeza respecto a la fecha de comisión del ilícito, la fecha en que se encontraba ejecutoriada la sentencia del delito en cuestión y, fundamentalmente, la forma de cumplimiento de la pena, aspecto esencial a considerar, ya que como se ha resuelto por esta sala, si el cumplimiento de la condena se ha verificado mediante un beneficio alternativo, no es procedente la agravante de reincidencia específica en análisis, que en opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, opera con el cumplimiento efectivo de la pena impuesta, información cuya ausencia, como se ha dicho, hace procedente su rechazo. Sin perjuicio de la conclusión arribada precedentemente, **es conveniente precisar que si bien ambas figuras delictivas atentan contra un mismo bien jurídico, difieren sustancialmente en la peligrosidad de acceso al bien que se pretende apropiar. No basta a juicio de estos sentenciadores contar con sólo la identidad del bien jurídico protegido para la concurrencia de la agravante en análisis, sino que es menester distinguir la particular forma de comisión que reviste el ataque a dicho bien, aspecto que constituye un elemento diferenciador relevante que no permite identificarlos como de una misma especie, atendido sus particulares naturalezas.** Es así como en el delito de robo con intimidación se crea en la víctima un temor de daño físico inminente, sea a través de una amenaza explícita o que la misma se evidencie inequívocamente para materializar el apoderamiento de la especie, y en cambio, en el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, en grado frustrado, no se encuentran presente personas que eventualmente puedan verse expuestas a un acometimiento que ponga en riesgo la integridad física de las mismas. En este sentido, el Tribunal se hace cargo de las alegaciones formuladas por la defensa en dicho aspecto.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 14, 15, 24, 28, 68, 69, 432, 436 inciso 1° y 456 bis n° 3 del Código Penal; 53, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 343, 346 y 348 del Código Procesal Penal, se resuelve:

I. Que se condena a LUIS ANTONIO CONTRERAS MORENO y ROBERTO ALEJANDRO MONDACA GALLARDO, cada uno, a la pena de DIEZ AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MEDIO y, a la pena accesoria, respectivamente, 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

de las costas de la causa por partes iguales, como autores de delito de robo con intimidación perpetrado en perjuicio de la distribuidora de alimentos Dipac de Coquimbo, acaecido el día 20 de marzo de 2002 en dicha ciudad.

Corte de Apelaciones de San Miguel. 7 de octubre de 2005, Rol 204-05

Considerandos relevantes:

SAN MIGUEL, siete de octubre de dos mil cinco.

VISTOS: En los autos RUC 0500242355-5, RIT 3-2005 del Sexto Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de San Miguel, por sentencia de fecha veintiséis de agosto del presente año, dictada en juicio oral, se condenó a Yesenia del Carmen Muñoz Canelo a la pena de siete años y ciento ochenta y cinco días de presidio mayor en su grado mínimo y a la pena 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 de las costas de la causa, como autora del delito de robo con fuerza en las cosas cometidos en lugar habitado y en grado de frustrado, en perjuicio de Miguel Muñoz Bastías, el día 22 de junio del año en curso, aproximadamente a las 05 horas, en la Comuna de La Pintana. En contra de la referida sentencia dedujo recurso de nulidad el Defensor Penal Público, don Rafael Jofré Inzunza, el que fue declarado admisible por resolución de fecha seis de septiembre pasado. Con fecha veinte de septiembre del año en curso se realizó la audiencia para conocer del recurso, alegando para que fuese acogido el Defensor, señor Rafael Jofré y en su contra para ser rechazado, el Fiscal, señor Rodrigo Chinchón. Los intervinientes fueron citados para la audiencia del día siete de octubre en curso, a las 12.00 horas para procederse a la lectura del presente fallo.

Segundo: Que la causal invocada el recurrente la tiene por configurada con supuestos cuatro vicios que alega y que, según su entender, se han producido en la dictación de la sentencia impugnada: a) al haberse aplicado erróneamente el artículo 450 inciso primero del Código Penal, en relación a los artículos 432 y 440 N° 1 del mismo cuerpo legal y artículo 19 N° 3 y 26 de la Constitución Política de la República; b) al configurarse la infracción del artículo 7 del Código Punitivo, en relación a los artículos 432 y 440 del mismo; c) al incurrirse en infracción de ley aplicando la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal, en relación con el artículo 67 inciso segundo del mismo; y d) al producirse la infracción en la aplicación de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal en relación al artículo 67 inciso segundo del mismo cuerpo legal.

Octavo: Que la tercera alegación del recurrente se funda en no haber hecho una correcta aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, disposición que configura la circunstancia agravante de la reincidencia en delitos de la misma especie. En relación con esta alegación, y según aparecía de lo razonado en el considerando segundo de la sentencia impugnada, **la acusada registra una condena como autora del delito de robo con intimidación, pena que se encuentra cumplida sin que haya transcurrido el tiempo de prescripción determinado por la ley.**

Noveno: Que frente a la alegación de la defensa referida en el fundamento precedente, estos sentenciadores so n de opinión que se ha incurrido en una errónea interpretación del derecho al declarar que perjudica a la encausada la circunstancia agravante de responsabilidad contemplada en el artículo 12 N° 16 del

Código Punitivo, específicamente, en ser reincidente en delito de la misma especie, lo que no puede llegar a configurarse, tanto porque el bien jurídico afectado en el delito de robo con intimidación por el cual fue anteriormente condenada y cuya pena se encuentra cumplida y aquél que dice relación con el ilícito en que le cupo participación y que dio lugar a la presente causa son diferentes. Por otra parte, la forma de comisión de uno y otro difieren fundamentalmente, lo que sólo puede llevar a la conclusión de que no estamos frente a dos delitos de la misma especie, haciendo improcedente la aplicación de la agravante que se ha hecho efectiva en la especie.

Undécimo: Que lo razonado precedentemente llevará a esta Corte a tener por errónea la aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, acogiendo en dicho capítulo la alegación de nulidad planteada por la recurrente en esta instancia.

Décimo Tercero: Que al haberse hecho una errónea interpretación de la norma contemplada en el artículo 12 N° 16 del Código Penal se ha incurrido en la causal de nulidad contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, lo que faculta a esta Corte a invalidar el fallo recurrido sólo en cuanto por el vicio alegado y acogido se ha declarado que perjudica a la encausada la circunstancia agravante de ser reincidente en delito de la misma especie, dictando la sentencia de reemplazo conforme a derecho que aplique la pena que corresponde al tenor de los antecedentes de autos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 385 del cuerpo legal ya indicado. Y visto lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 385 y 399 del Código Procesal Penal se declara que se acoge el recurso de nulidad interpuesto en representación de la imputada Yesenia del Carmen Muñoz Canelo en contra de la sentencia del Sexto Juzgado Oral de San Miguel, de fecha veintiséis de agosto de dos mil cinco la que se invalida, sólo en cuanto por ella se hizo aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, declarándose que perjudicaba a la encausada la circunstancia agravante de ser reincidente en delito de la misma especie.

2.1.3. Los delitos de robo con fuerza y hurto no son de la misma especie

Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt. 14 de mayo de 2005, Rit 27-05.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que, el Ministerio Público, de acuerdo al auto de apertura remitido a este Tribunal, fundo su acusación en los siguientes hechos: “El día 05 de diciembre de 2004, en horas de la madrugada, los acusados, ingresaron al predio de propiedad de Héctor Kuschel Kuschel, ubicado en el sector de Alerce de la comuna de Puerto Varas, desde donde sustrajeron y faenaron un animal vacuno, específicamente un buey, especie evaluada en la suma de \$ 500.000.”

Apertura y clausura fiscalía-

TERCERO: La fiscalía sostuvo en su apertura que los hechos descritos resultan constitutivos de un delito de Hurto de animales, previsto y sancionado en el artículo 446 N° 2 del Código Penal, en relación con los artículos 432 y 449 del mismo cuerpo legal, y que la participación de los acusados se encuadra dentro de la hipótesis del artículo 15 N°

1 del texto legal en referencia. Solicitando se acojan en contra del acusado Monje Hernández, las circunstancias agravantes de responsabilidad criminal contempladas en los artículo 12 N° 16 del Código Penal.

VIGÉSIMO TERCERO: (Reincidencia) Que se ha requerido respecto del acusado Alfonso Manuel Monje Hernández, la circunstancia agravante de responsabilidad criminal contemplada en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, esto es, la reincidencia específica, incorporando para tales efectos como prueba documental el extracto de filiación del acusado y la correspondiente copia autorizada de la sentencia como del oficio respectivo de Gendarmería de Chile.

Que efectivamente, en lo pertinente, consta que el acusado, fue condenado por sentencia de fecha 18 de mayo de 1998, que incide en los autos rol N° 745-96-2, acumulada a la rol N° 1529-97, del Segundo Juzgado del Crimen de Puerto Montt, a la pena de un año de presidio menor en su grado mínimo en calidad de autor de un delito de Hurto de especie perpetrado el día 21 de julio de 1996; y a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo en calidad de autor de un delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, cometido el 22 de diciembre de 1997.

Que respecto a la sanción corporal impuesta por el delito de hurto, en relación a la agravante pretendida, éste no será considerado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 104 del Código Penal.

Que respecto a la sanción corporal impuesta a propósito del delito de robo con fuerza, a fin de establecer la procedencia de la agravante invocada, la decisión de mayoría, tendrá en especial consideración, el bien jurídico protegido y las modalidades de ejecución del ilícito por el que actualmente se acusa al encartado, en relación con el delito anterior que haría procedente la agravación requerida.

Al respecto es necesario consignar a priori, que el numeral 16 del artículo 12 del Código Penal, reza a su literalidad: “ser reincidente en delito de la misma especie”.

Que al respecto se debe tener presente que nuestra legislación sustantiva no ha definido lo que debe entenderse por “delitos de la misma especie” y solo lo ha hecho con anterioridad el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, en una decisión que fuera muy discutida, pues atribuía a delitos de una misma especie para los efectos de dicha regulación a los que se encontraran en un mismo título, previsión que aparecía como equívoca si se consideraba que siguiendo dicha nomenclatura, constituían delitos de una misma especie, el homicidio y la injuria. Sin embargo, el actual artículo 351 del Código Procesal Penal, refiere que para dichos efectos procesales, se considerarán delitos de una misma especie, aquellos que afectaren el mismo bien jurídico. Baste decir a priori que este era el criterio mayoritariamente aceptado en doctrina.

Ahora bien, estimamos como criterios válidos, para determinar si dos delitos son o no de la misma especie, los que señala el profesor Cury, cuando sostiene, que se debe considerar la identidad del bien jurídico y la forma que reviste el ataque, criterio que también aparece aceptado por el profesor Etecheberry. (“Texto y Comentario del Código Penal Chileno”, Tomo I, Pag. 215 y ss, Sergio Politoff y otros, Editorial Jurídica, 1ª edición – 2002).

Teniendo como parámetros, los criterios que se han referido, y teniendo en consideración que si bien es cierto los delitos de Hurto y robo, prima facie, aceptan como bien jurídico la propiedad, no es menos cierto, que el delito de robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación, constituye una hipótesis pluriofensiva, donde se vulneran o concurren la lesión a lo menos de dos bienes jurídicos, la propiedad y la inviolabilidad del hogar. A esta apreciación, se podría agregar, que también pareciera asistir a lo menos potencialmente, una lesión a la seguridad o integridad corporal de los moradores del inmueble, basamento este último, de ratio legis, para justificar la elevada penalidad de esa figura, lo que no ocurre en el delito de robo.

De este modo, y teniendo en consideración las razones expuestas, estos jueces de mayoría, estiman que Hurto y robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, no son delitos de la misma especie, razón que por si sola, resulta como suficiente, para rechazar la solicitud de agravación del acusador institucional.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 12 N° 16, 14, 15 N° 1, 18, 24, 25, 30, 47, 49, 50, 68, 69, 432, 446 N° 2, 449, 454, 455, y 456 bis N° 3, del Código Penal, y artículos 7, 8, 9, 10, 47, 83, 85, 91, 93, 194, 205, 217, 296, 297, 302, 330, 331, 332, 340, 342, 343, 344, 346, 351 y 468 del Código Procesal Penal, y 6, 7 y 19 N° 3 de la Constitución Política del Estado, se declara.

II.- Que se CONDENA al acusado ALFONSO MANUEL MONJE HERNANDEZ, ya individualizado, a la pena de DOS AÑOS de presidio menor en su grado medio, al pago de una multa de SEIS Unidades Tributarias Mensuales, a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa, en calidad de autor del delito consumado de hurto de animales, en la propiedad de Héctor Kuschel Kuschel, cometido en la localidad de Alerce, comuna de Puerto Varas, el día 05 de diciembre de 2004.

2.1.4. Los delitos de hurto y robo son delitos de la misma especie

Tribunal Oral en lo Penal de Temuco. 01 de marzo de 2002, Rit 03-02.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que, los hechos materia de la acusación, según auto de apertura de juicio oral, ocurrieron en la madrugada del 25 de febrero de 2001, ocasión en que el acusado utilizando una gonzúa procedió a forzar las chapas del automóvil de propiedad de Egon Didier Muñoz Vidal, patente FZ-8170, que estaba estacionado en la vía pública frente el inmueble signado con el número 355 de calle Aillán Marillán de Villa Caupolicán de esta ciudad. Más tarde, y en estado de ebriedad, lo condujo por la ruta S-90 camino Temuco-Labranza y a la altura del kilómetro cinco impactó al Taxibus de propiedad de Hernán Vásquez Luna, patente CA-4506, resultando el primero totalmente destruido y el segundo con daños de consideración.

Los hechos descritos, en concepto de la Fiscalía, configuran el delito de robo con fuerza en las cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público en perjuicio

de Egon Didier Muñoz Vidal previsto y sancionado en el artículo 443 en relación con los artículos 442 y 432, todos del Código Penal, y de manejo de vehículo motorizado en estado de ebriedad causando daños a Egon Muñoz Vidal y a Hernán Vásquez Luna, previsto y sancionado en el artículo 121 de la Ley 17.105.

Agrega que no le beneficia ninguna atenuante y que le perjudica la agravante de ser reincidente en delito de la misma especie, descrita en el artículo 12 N° 16 del Código Penal, que funda en una condena por hurto aplicada en causa 21.915 por el 10° Juzgado del Crimen de San Miguel, por lo que solicita se imponga al acusado la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales respecto al primer delito; y en relación al segundo, requiere la imposición de un año de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales, al pago de una multa de dos sueldos vitales a beneficio fiscal, a la suspensión de su licencia de conducir por el término de ocho meses y al pago de las costas, en ambos casos, por su participación y responsabilidad de autor en los ilícitos tipificados.

DUODÉCIMO: Que, perjudica al enjuiciado la agravante de responsabilidad del artículo 12 N° 16 del Código Penal, esto es, ser reincidente en delito de la misma especie, pues consta de su extracto de filiación y antecedentes, y de la copia autorizada de la sentencia ejecutoriada recaída en la causa Rol N° 21.915 del 10° Juzgado del Crimen de San Miguel que fue anteriormente condenado por el delito de hurto a la pena de seiscientos días de presidio menor en su grado medio y accesorias, pena que se encuentra cumplida al tenor de lo prescrito en el artículo 28 de la ley 18.216, por haber transcurrido el tiempo por el cual se extendía el beneficio de remisión condicional de la pena impuesta, sin que conste que éste haya sido revocado, sanción correspondiente a un simple delito que no se encuentra prescrita en los términos señalados por el artículo 104 del Código Penal, por lo que se debe considerar como agravante en el presente caso.

Por estas consideraciones y vistos lo dispuesto en los artículos 1°, 12 N° 16, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 24, 26, 29, 30, 50, 67, 68, 74, 104, 432, 442 y 443 inciso 1° del Código Penal; 1°, 45, 46, 47, 295, 296, 297, 323, 325, 328, 338, 339, 340, 341, 342, 344, 346, 348, y 484 del Código Procesal Penal; 121 y 172 inciso 4° de la Ley 17.105, y disposiciones pertinentes de la Ley 18.216, se declara:

I. Que, se condena al acusado LUIS ESTEBAN VASQUEZ CUTIÑO, ya individualizado, a las penas que se indican y por los ilícitos que se señalan:

A) Como autor del delito de robo con fuerza de cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público en perjuicio de Egon Didier Muñoz Vidal, cometido en horas de la madrugada del 25 de febrero de 2001 en esta ciudad, a la pena de TRES AÑOS Y UN DIA de presidio menor en su grado máximo, a la inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa.

2.1.5. La constitucionalidad del artículo 12 n° 16 del Código Penal

Tribunal Constitucional. 21 de noviembre de 2006, Rol 648-2006.

Considerandos relevantes:

Santiago, veintiuno de noviembre de dos mil seis

VISTOS:

1°. Que con fecha 6 de noviembre, Matías Mundaca Campos, en representación de Alvaro Patricio Mobarec Landeros, imputado y acusado por el delito de robo con fuerza en lugar habitado, ha formulado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en los autos causa RUC N° 0600462070-2, RIT N° 1654-2006, pendiente ante el Juzgado de Garantía de Quilpué, respecto del artículo 12 N° 16 y 450 inciso primero del Código Penal, por resultar contrario a los artículos 5°, 19 N° 3 inciso sexto, séptimo y octavo, todos de la Constitución Política de la República.

10°. Que, en lo que respecta al artículo 12 número 16 del Código Penal, también invocado como inconstitucional, éste establece una agravante de responsabilidad penal tratándose de reincidencia, lo que también constituye parte de una política criminal establecida soberanamente por el legislador en ejercicio de sus potestades constitucionales, que por tanto no vulnera el principio de culpabilidad invocado por la requirente, desde el momento que para aplicarse dicha agravante se requerirá siempre de la comisión de un nuevo hecho delictivo, el cual se sanciona con una pena mayor por razones de interés social.

11°. Que por las razones expuestas, este Tribunal decidirá que no concurre el presupuesto constitucional consistente en que “la impugnación esté fundada razonablemente”, y, por ende, el requerimiento de fojas uno debe ser declarado inadmisibles.

Y, TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 6°, 7° y 93 inciso primero N° 6 e inciso decimoprimeros de la Constitución Política de la República, SE DECLARA, resolviendo la petición principal, que es inadmisibles el requerimiento de inaplicabilidad deducido.

Acordada con el voto en contra del Ministro Hernán Vodanovic, quien estuvo por declarar admisible el requerimiento en virtud de ajustarse a las exigencias constitucionales y, en lo que interesa particularmente, estar fundado razonablemente en las dos impugnaciones que contiene.

En relación a la primera, referida a la vulneración del principio de culpabilidad que garantizaría el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y los artículos 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, preciso es señalar que, a lo menos en un sector de la doctrina, tiene asidero. Así, se ha sostenido que “la reincidencia es claramente inconstitucional, pues va en contra del principio de responsabilidad (o culpabilidad) por el hecho “y que “la nota de permanencia que implica necesariamente lleva o a tipos de autor o bien a un derecho penal por el carácter. Tal rasgo de carácter no puede fundamentar, por tanto, una agravación (salvo para una concepción peligrosista

radical, ajena a un derecho penal de un estado de derecho)". (Juan Bustos Ramírez, **Manual de Derecho Penal, parte general, página 376, Editorial Ariel S.A.**)

3. Disposiciones modificatorias de la responsabilidad penal relativas a las circunstancias de comisión

3.1. La agravante del artículo 450 inciso segundo del Código Penal

3.1.1. Jurisprudencia que no aplica el artículo 450 inciso segundo del Código Penal

Corte de Apelaciones de Temuco. 29 de Noviembre de 2005, Rol 928-2005.

Considerandos relevantes:

Temuco, veintinueve de noviembre de dos mil cinco.

VISTOS:

Se ha recurrido de nulidad pidiéndose la invalidación de la sentencia y se dicte una de reemplazo y que afecta a don PABLO PATRICIO CHEIQUELÉN PILQUIMAN, cédula nacional de identidad N°14.216.376- 4 y don LUIS RICARDO CHEIQUILÉN PILQUIMAN, cédula nacional de identidad No.16.824.673-06, domiciliados el primero en Pasarela Norte de Perquenco y Reducción Llancamil de Perquenco, respectivamente, el primero obrero y el segundo comerciante, según se ha sentenciado en causa RUC 050008296-5, rol interno de causa No.084-2005, del Tribunal del juicio Oral en lo Penal de Temuco, como autores del delito de Robo con Violencia y se aplique al primero la pena que corresponde.

En cuanto a la causales que invoca, ha argumentado que funda en el vicio que contempla el la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, porque: a) se ha contemplado una agravante, la del inciso segundo del artículo 450 del Código Penal y ha trasgredido el artículo 63 del mismo cuerpo legal, al considerar el hecho de haberse utilizado arma en al comisión del delito, desconociendo que tal proceder está contemplado dentro del tipo penal del Robo con Violencia; y b) que también se ha aplicado erróneamente la circunstancia agravante contemplada en el N° 3 del artículo 456 del mismo código, error que lo sindicca en haber calificado a los autores del delito de malhechores, calidad de su defendido no tiene, porque sus antecedentes pretéritos están limpios, siendo la definición de malhechor, según el Diccionario de la Real Academia Española el que comete un delito y especialmente el que comete por hábito.

3.- Que en cuanto al primer vicio, debe considerarse que el artículo 450, inciso segundo, previene Serán castigados con presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado máximo, los culpables de robo o hurto cuando hagan uso de armas o sean portadores de ellas, siempre que no les corresponda una pena mayor por el delito cometido. **Y el delito que nos ocupa, tiene una pena, según previene el artículo 436**

inciso primero, de presidio mayor en sus grado mínimo a máximo; esto es, la misma pena impuesta por el artículo 450, lo que nos lleva a concluir que tanto por la circunstancia anotada como por el tipo, nos encontramos ante una misma figura, que en el caso no puede agravar la pena, pues estaríamos incurriendo en infracción a la norma del artículo 63 del Código Penal, que prohíbe aumentar la pena con las circunstancias agravantes que por si mismas constituyen un delito específicamente penado por la ley, cual es el caso.

5.- Que deberá considerarse si el vicio detectado en el fallo ha influido en lo dispositivo del mismo.

Al eliminarse la situación agravante del artículo 450, se producen efectos en lo dispositivo del fallo en relación al recurrente, toda vez que al menor condenado le favorecen dos atenuantes y una agravante, a más que debe aplicársele la pena inferior en un grado a la asignada al delito; y en cuanto al otro encausado que no ha recurrido, no se altera la penalidad que corresponde aplicar, por lo que a su respecto, la sentencia será reproducida, porque no obstante haberse eliminado una agravante, le quedan dos.

Y atendido el mérito del artículo 68 inciso cuarto, la sanción no puede ser otra que la aplicada.

Y visto, además, lo prevenido en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, se HACE LUGAR al recurso de nulidad interpuesto en estos antecedentes provenientes del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco, causa RUC 0500082896-5, RIT 084-2005, declarando nula la sentencia de fecha dieciocho de octubre del año en curso, escrita de fojas cuarenta y tres a fojas cuarenta y seis vuelta, debiéndose dictar la de reemplazo que corresponde.

Tribunal Oral en lo Penal de Chillán. 28 de abril de 2006, Rit 23-2006.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: La enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la acusación es la siguiente:

El día 20 de mayo de 2005, en horas de la madrugada, don Guillermo Antonio Brito Catalán transitaba por calle 18 de septiembre en dirección a calle Maipón, cuando fue interceptado por los tres acusados, ya individualizados, abalanzándose primero MARÍA JOSÉ VALLEJOS HIDALGO sobre la víctima, mientras que HIDALGO RABANAL comenzó a tirarle cortes con un arma blanca, exigiéndole que le entregara el dinero. La víctima se defendió empujando a MARÍA VALLEJOS, siendo sujetado por BARRIGA RODRÍGUEZ y continuando HIDALGO RABANAL tirándole cortes. Posteriormente, la víctima cayó al suelo desde donde se defendió con un cortaplumas que portaba. Los agresores lograron sustraerle un teléfono celular Ericsson y luego se dieron a la fuga. Después, una vez detenidos los acusados, se encontró en poder de HIDALGO RABANAL el teléfono celular sustraído a la víctima quien resultó con una herida cortante frontal.

Los hechos descritos constituyen el ilícito de robo con violencia, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, correspondiéndole a los

imputados participación en calidad de coautores en este delito que se encuentra en grado de consumado.

Concorre respecto de todos los acusados la minorante de irreprochable conducta anterior, toda vez que sus extractos de filiación y antecedentes no registran anotaciones penales. Además, concurren respecto de todos los acusados las agravantes de pluralidad de malhechores y de haber usado armas en la comisión del ilícito.

DÉCIMO: Que la **Defensa**, como se ha dicho, ha reconocido el hecho punible y la participación de sus representados, limitándose a objetar el aumento de pena solicitada por la Fiscalía, fundado en el artículo 450 inciso 2° del Código Penal, objeción que, por mayoría, será acogida por el Tribunal, desechándose así la pretensión del ente persecutor. **En efecto, el uso del arma blanca empleada para cometer el ilícito de que se trata, es un elemento inherente y consubstancial al de la violencia ejercida sobre la víctima y que le provocaron las lesiones cortantes en las regiones nasociliar y parietal, esto es, el empleo del arma pasa así a ser un elemento del tipo penal y, por lo mismo, no procede aumentar la pena, puesto que se estaría penando dos veces un mismo hecho, es decir, el empleo del arma como un hecho independiente, sin conexión alguna con la violencia ejercida y, además, este mismo uso en cuanto elemento esencial de esa violencia que causó lesiones a la víctima, todo lo cual infringe el principio “non bis in ídem”, consagrado en el artículo 63 del Código Penal.**

Por estas consideraciones y vistos además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N°6 y N°9, 14 N°1, 15 N°1, 24, 28, 50, 63, 68, 69, 432, 436, inciso 1°, 439 y 456 bis N°3 del Código Penal; y 4, 45, 47, 49, 152, 295, 297, 340, 341, 342, 344, 346, 347 y 348 del Código Procesal Penal, SE DECLARA:

I.- Que se condena a los acusados EDUARDO ANDRES HIDALGO RABANAL, JORGE ALFREDO BARRIGA RODRÍGUEZ Y MARÍA JOSÉ VALLEJOS HIDALGO, ya individualizados, a cada uno de ellos, a la PENA DE CINCO AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÁXIMO y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y a la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, en su calidad de autores del delito de robo con violencia de especies de propiedad de Guillermo Antonio Brito Catalán, consumado el 20 de mayo de 2005, en Chillán.

Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto. 17 de octubre de 2006, Rit 45-2006.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Los hechos que el Ministerio Público atribuye al imputado son los siguientes:

El día 04 de enero de 2006, alrededor de las 20:40 horas, en circunstancias que la víctima Fabián Eduardo Zamorano Moraga se encontraba en el interior de un autobús de la locomoción colectiva que se dirigía hacia el norte por calle Nonato Coo, Puente Alto, fue abordado en dicho trayecto por el acusado DAVID RENÉ YÁÑEZ PADILLA, quien procedió a intimidar a la víctima con un arma blanca cuchillo, obligándolo a hacer entrega

de un celular color negro, un pendrive color rojo y un par de audífonos, entrega que obtiene, sustrayendo dichas especies sin la voluntad de su dueño, para posteriormente hacer abandono del autobús. El Ministerio Público calificó los hechos precedentemente descritos como constitutivos del delito de ROBO CON INTIMIDACIÓN, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, en relación con el artículo 432, ambos del Código Penal, en grado de consumado.

El Ministerio Público señala además, que respecto del acusado concurre la calificante del artículo 450 inciso 2°, esto es, que “en los delitos de robo y hurto, la pena correspondiente será elevada en un grado cuando los culpables hagan uso de armas o sean portadores de ellas”, señalando que en la especie no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que analizar.

DÉCIMO QUINTO: Que estos sentenciadores haciéndose cargo de lo señalado por el Ministerio Público, en cuanto a que en este caso concreto concurriría la agravación de la pena establecida en el artículo 450 inciso segundo del Código Penal, disiente de lo alegado por el órgano persecutor, por los siguientes fundamentos:

1.- que el artículo 450, en su inciso segundo, establece, en forma genérica, que en los delitos de robo y hurto, la pena correspondiente será elevada en un grado cuando los culpables hagan uso de armas o sea portadores de ellas;

2.- que el legislador al establecer que en los delitos de robo sin especificar a que modalidad de éstos se refería, agravaría la pena cuando se usen armas o se porten, por lo que deberá hacerse una lectura en forma restrictiva, toda vez que dicha norma se encuentra en abierta pugna - respecto a los delitos de robo con intimidación y /o violencia - con el principio general consagrado en el artículo 63 del Código Penal, toda vez que el uso de armas, entre otros, resulta inherentes al delito ya que sin ellas el delito no puede cometerse.

Que la jurisprudencia, por otra parte ha señalado que la agravante de responsabilidad que dispone “en los delitos de robo y hurto la pena correspondiente será elevada en un grado cuando los culpables hagan uso de armas o sean portadores de ellas” debe ser analizada, también de manera que no vulnere el principio “non bis in ídem” y otra disposición legal. **En este caso, el uso de cuchillo y el arma de fuego fueron preponderantes y fundamentales para que el ilícito se tipificara como tal, puesto que la exhibición de dicho elemento, infundió temor en el ofendido. Con este antecedente, queda de manifiesto que no procede la alegación de la pena, puesto que es necesario tener presente la norma que señala que “no produce el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por si mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que esta haya expresado al describirlo y penarlo”.** “Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes que de tal manera inherentes al delito sin que la concurrencias de ellas pueda cometerse” (Revista Procesal Penal, Lexis Nexis, N° 44, Pág. 86, año 2006)

3.- que, por otra parte, resulta razonable, que en los otras modalidades de los delitos de robo, esto es en el robo por sorpresa, el robo en lugar habitado o destinado a la habitación, robo en bienes nacionales de usos públicos, se agrave la pena en los casos que se haga uso de arma o se porten, por cuanto estas otras figuras delito, al usar o llevar arma, se transforma en un delito complejo, pluriofensivo, poniendo en

riesgos otros derechos fundamentales fuera del derecho patrimonial, que es el derecho afectado en éstos.

Que, estos sentenciadores, estiman, y recogiendo lo señalado por la defensa del acusado, que efectivamente **al hacer aplicable la referida agravante, en estos delitos de robo con intimidación, se está transgrediendo lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal, y por ende el principio non bis in idem, toda vez que, por una parte se le condena por un delito de robo con intimidación, en el cual la proposición fáctica de ella consistió en el uso de un cuchillo, descrito y penado en el artículo 436 inciso primero del texto legal precedentemente citado y, por otra se pretende que por el mismo delito se le condene, además, por usar o portar un arma.**

Por último, en el caso que dicha arma fuere de fuego, se daría el absurdo de que el acusado, sería, además, responsable de los delitos contemplados en la Ley sobre control de armas como expresamente lo dispone el artículo 18 letra d) de la Ley 17.798, es decir, se le condenaría por el mismo hecho en un concurso, ideal propio de delitos y además, por los mismo hechos, la pena se agravaría.

Que, en consecuencia, no se hará lugar a lo solicitado por el Ministerio Público en orden a agravar la pena que se le aplique al sentenciado, elevándola en un grado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1; 14 N° 1; 15 N° 1; 24; 28; 50; 68; 69, 432; 436 del Código Penal; 295; 297; 333, 340; 341; 342; 343; 344; 348 del Código Procesal Penal, se declara :

I.- Que se condena a DAVID RENÉ YAÑEZ PADILLA, ya individualizado, a la pena de TRES AÑOS y UN DIA de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito de robo con intimidación, en perjuicio de Fabián Eduardo Zamorano Moraga.

Tribunal Oral en lo Penal de San Fernando. 28 de Marzo de 2006, Rit 03-06.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que, el Ministerio Público al deducir la acusación, según se lee en el auto de apertura, la fundó en los siguientes hechos:

Que el día 28 de Agosto de 2005, aproximadamente a las 05:30 horas, en circunstancia que el afectado de iniciales M.A.C.C., cruzaba la plaza de armas de esta ciudad, en dirección al poniente, fue interceptado por los acusados, quienes premunidos con armas blancas y objetos contundentes, lo rodearon e intimidaron y le exigieron la entrega de las especies de valor que portaba, siendo además agredido con golpes de pies y puño, causándole lesiones de carácter leve, botándolo al suelo, oportunidad en que le registraron sus vestimentas y le sustrajeron con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño un teléfono celular y su billetera que contenía documentos personales y de identificación, así como \$3.000, luego de lo cual, los acusados huyeron del lugar junto a otros tres sujetos que participaron en estos hechos, dos de los cuales eran menores de 16 años y Braulio Revenco Tapia que posteriormente fue declarado sin discernimiento “.

Estos hechos, en opinión del fiscal configuraron el delito de robo con violencia, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, en grado consumado y atribuyó a los acusados la calidad de autores de conformidad al artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal.

DECIMOSÉPTIMO: Que, perjudica a los acusados la agravante especial del artículo 456 bis N°3 del Código Penal, señalada por la Fiscalía en la acusación, consistente en ser dos o más los malhechores, toda vez que como se ha establecido en los motivos precedentes de este fallo, se acredita que obraron de manera conjunta en la ejecución material del delito que nos ocupa, disminuyendo la posibilidad de defensa de la víctima y aumentando la desprotección del bien jurídico y la posibilidad que tiene los ejecutores de asegurador la comisión del delito, siendo en consecuencia mayor su reproche de culpabilidad. En efecto que fueran varios los ejecutores materiales directos, necesariamente facilitó y aceleró los actos de apropiación de las especies del ofendido, sin perjuicio de que acometieran al individuo botándolo al suelo, golpeándolo e intimidándolo con arma blanca y otros elementos contundentes, eliminando así su posibilidad de resistencia u oposición a que le quitaran las especies, situación que la declaro no sólo el ofendido sino al menos tres de los acusados, hecho que corroboran los testigos presentados por la defensa privada, Braulio Reveco Tapia, Cristian Pino Muñoz y Richard Pino Muñoz.

Que, en cambio no les perjudica la agravante especial contemplada en el artículo 450 inciso segundo del Código penal, aducida por la Fiscalía en su acusación y en su alegatos respectivos, la que dice relación con el hecho de que la pena correspondiente a los delitos de robo y hurto será elevada en un grado cuando los culpables hagan uso de armas o sean portadores de ellas, atendido a que el porte de armas a que hace referencia la mencionada disposición es parte del tipo penal del artículo 432 del Código Punitivo, **toda vez que constituye en este caso que nos ocupa el medio para cometer el delito, de conformidad al concepto definido por el artículo 439 del mismo cuerpo legal, respecto a lo que se debe entender por violencia o intimidación, ello en relación con el artículo 63 del Código Penal.**

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 nrs.° 6, 8 y 9, 14 n° 1, 15 n° 1, 21, 24, 26, 28, 30, 50, 68, 69, 432, 436, 439 y 456 bis n° 3 del Código Penal; 47, 295, 296, 297, 340, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Se condena, con costas, a **Jean Carlos Reveco Tapia y Luis Gerardo Romero Jara**, ambos ya individualizados, a cada uno a la pena de **cinco años** de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena en su calidad de autores del delito de robo con violencia e intimidación cometido el día 28 de agosto de 2005 en perjuicio de la víctima de iniciales M.A.C.C. en la comuna de San Fernando

II.- Que se condena, con costas, a **Sixto Patricio Jara Fuenzalida**, ya individualizado a la pena de **tres años y un día** de presidio menor en su grado máximo a la accesorias de de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena en su calidad de coautores del delito de robo con violencia e intimidación cometido el día 28

de agosto de 2005 en perjuicio de la víctima de iniciales M.A.C.C. en la comuna de San Fernando.

III.-Que se condena, con costas, a **Cesar Antonio Castro Bravo**, ya individualizado a la pena de **cinco años y un día** de presidio mayor en su grado mínimo a las accesorias a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares, mientras dure la condena como coautor del delito de robo con violencia e intimidación, cometido en la persona de iniciales M.A.C.C. el 28 de agosto de 2005, en la ciudad de San Fernando.

Tribunal Oral en lo Penal de Talca. 27 de enero de 2006, Rit 120-2005.

Considerandos relevantes:

PRIMERO: Que, de acuerdo al auto de apertura de juicio oral, la acusación es del tenor siguiente:

Hecho 1: “El día 24 de diciembre de 2004, alrededor de las 22:00 horas, en circunstancias que la víctima Froilán Enrique Aliaga Alcaíno, se encontraba sentado en el prado de la plazoleta ubicada en calle Los Lleuques con calle Los Pehuenes de la Población La Florida de esta ciudad, fue abordado por los imputados Arriagada Echeverría y Arriagada Palavecinos, acto seguido extrajeron de sus vestimentas un arma blanca con la que lo intimidaron colocándosela en el cuello señalándole que entregara todo el dinero que portaba, haciendo entrega la víctima de la suma de \$1.500 a los imputados”.

Hecho 2: “El día 24 de diciembre de 2004, aproximadamente a las 22:15 horas, en circunstancias que la víctima Angélica del Carmen Crespio Avendaño caminaba por calle Las Araucarias de la Población La Florida de esta ciudad, en dirección a su domicilio, fue interceptada por el imputado antes referido en compañía de Rodrigo Alejandro Arriagada Palavecinos, quienes la tomaron por la espalda, colocándole un elemento punzante y arrebatándole de la cartera que portaba un monedero que contenía la cantidad de \$3.500 en dinero efectivo, quien aprovechando un descuido procedió a darse a la fuga del lugar. Reconociendo tanto a los imputados Arriagada Palavecinos como Arriagada Echeverría como los autores del ilícito”.

Hecho 3: “El día 24 de diciembre de 2004, alrededor de las 22:30 horas, en momentos en que la víctima Luis Gilberto Suazo Suazo se disponía a cerrar su negocio de alcoholes, ubicado en calle Los Avellanos N° 089 de la Población La Florida de esta ciudad, fue atacado por los acusados, abriendo Arriagada Palavecinos un cooler, sustrayendo desde éste con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueño 6 cervezas “Cristal” de 1 litro cada una, las que iba entregando a Arriagada Echeverría, por lo que la víctima intentó impedir la sustracción, instante en que Arriagada Palavecinos extrajo desde uno de sus calcetines un cuchillo, frente a lo cual la víctima no opuso resistencia, llevándose los acusados, además de las 6 cervezas, 2 cajas de vino tinto “Gato Negro” de 1 ½ litros cada una, especies todas valuadas en la suma de \$6.900”.

Estima el Fiscal que los hechos descritos son constitutivos de tres delitos de robo con intimidación, previstos y sancionados en el artículo 436 inciso primero del Código Penal,

en grado de consumado, atribuyéndole a los acusados participación en calidad de autores, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal.

Además, señala que concurre respecto de ambos la agravante del artículo 456 bis N° 3 del citado cuerpo legal, esto es, ser dos o más los malhechores, y la agravante especial del artículo 450 inciso 2° del Código Punitivo, por haber hecho uso de armas blancas en la comisión de los delitos. Requiere se les imponga, a cada uno de ellos, la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, accesorias correspondientes y costas.

DUODÉCIMO: Que no se acoge en perjuicio de los acusados la agravante establecida en el artículo 450 inciso segundo del Código Penal, alegada por el Ministerio Público, por no haberse acreditado el uso o porte de armas en la comisión del delito que afectó a Angélica del Carmen Crespo Avendaño.

En relación con la misma agravante, respecto del delito en perjuicio de Luis Gilberto Suazo Suazo, se desestima también la petición del Ministerio Público, en cuanto a su concurrencia, teniendo para ello en consideración que **si bien ha quedado demostrado que uno de los acusados portaba e hizo uso de un arma cortante para amenazar, tal instrumento, en la especie, es inherente al ilícito, pues fue la forma en que se logró su perpetración y ya ha sido considerado en su tipificación, de manera que no corresponde apreciarlo nuevamente para aumentar la pena, conforme lo estatuido en el artículo 63 inciso segundo del Código Punitivo, que es una manifestación del principio non bis in idem, que constituye un límite material a la potestad punitiva del Estado.**

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 24, 26, 28, 30, 49, 50, 63, 68, 69, 432, 436 inciso 1°, 439, 456 bis N° 3 y 494 bis del Código Penal, y artículos 1, 45, 46, 47, 295, 296, 297, 329, 333, 340, 341, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Que SE ABSUELVE a los acusados RODRIGO ALEJANDRO ARRIAGADA PALAVECINOS y PABLO ANDRES ARRIAGADA ECHEVERRIA, ya individualizados, de la acusación formulada en su contra como autores del delito de robo con intimidación en la persona de Froilán Enrique Aliaga Alcaíno, que se habría perpetrado en Talca, el 24 de diciembre de 2004.

II.- Que SE CONDENA a los referidos acusados ARRIAGADA PALAVECINOS y ARRIAGADA ECHEVERRIA como autores del delito consumado de robo con intimidación en la persona de Luis Gilberto Suazo Suazo, de especies de su propiedad, cometido en esta ciudad, el día 24 de diciembre de 2004, a sufrir cada uno de ellos, la pena de SEIS AÑOS de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

III.- Que SE CONDENA a cada uno de los acusados mencionados, como autores de hurto falta de dinero de dominio de Angélica del Carmen Crespo Avendaño, perpetrado el 24 de diciembre de 2004, en Talca, a la pena de DIEZ DIAS de prisión en su grado mínimo, multa de una unidad tributaria mensual y accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

Tribunal Oral en lo Penal de Temuco. 20 de diciembre de 2006, Rit 142-2006

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que, según el auto de apertura, los hechos se sucedieron en la madrugada del día 07 de mayo de 2006, alrededor de las 05:40 horas, en circunstancias que don José Gladio San Martín Ulloa se encontraba en calle Tarapacá esquina O'Higgins de la ciudad de Curacautín, el acusado junto a Jonathan Bautista Zúñiga Silva procedió a agredirlo con un cuchillo, lo tiró al suelo, sustrayéndole un celular de su propiedad, marca Nokia color gris con celeste. Esta situación fue presenciada por funcionarios de Carabineros que llegaron al lugar alertados por una llamada anónima, procediéndose a su detención. El ofendido fue trasladado al Hospital de Curacautín donde se le diagnosticaron heridas cortantes en el dorso izquierdo, pierna derecha y dos heridas cortantes en brazo derecho, las que fueron calificadas de menos graves. En concepto del acusador fiscal los hechos descritos son constitutivos del delito de robo con violencia previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1º del Código Penal, en cuya perpetración cupo al imputado participación de autor en razón de haber tomado parte en su ejecución de manera inmediata y directa.

Agregó el ente persecutor que le beneficia la circunstancia atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, toda vez que, su extracto de filiación y antecedentes se encuentra exento de anotaciones penales pretéritas y que le perjudica la circunstancia agravante contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal y la agravación especial prevista en el artículo 450 inciso 2º, en relación con el artículo 132 del mismo Cuerpo Legal, debido a que hizo uso de armas en la comisión del hecho materia de la acusación, por lo que solicita sea condenado a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales correspondiente y costas del procedimiento.

DÉCIMO QUINTO: Que, en la audiencia de debate, el Ministerio Público alegó la concurrencia de la atenuante de conducta pretérita irreprochable, la agravante de ser dos o más los malhechores y la agravación especial del artículo 450 inciso 2º en relación con el artículo 132 del mismo cuerpo legal, debido a que se usó armas en la comisión del hecho y ratificó la pena solicitada sin beneficio alternativo alguno.

La aminorante se encuentra acreditada con la convención probatoria suscrita por las partes consignada en la letra a) del apartado quinto del auto de apertura y por el extracto de filiación incorporado del imputado, que demuestra que no registra anotaciones prontuariales pretéritas.

Para que proceda la agravante sólo se requiere que dos o más personas hayan intervenido materialmente en el delito denunciado aunque no hubieren delinquirido anteriormente. La razón de ser de esta circunstancia es siempre el debilitamiento de la defensa privada, el aumento del peligro que corren las víctimas y la mayor seguridad con que actúan los hechores amparados en el número. Consta de los hechos sentados en el motivo décimo que se reiteran, que en ellos participaron en forma directa dos imputados en calidad de coautores, uno de ellos, Jonathan Bautista Zúñiga Silva fue condenado anteriormente por estos mismos hechos a la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo y accesorias, según se desprende de la letra c) de la convención probatoria precitada, antecedentes demostrativos que en estos hechos participaron dos sujetos en calidad de autores, situación que amerita acogerla.

En cuanto a la especial circunstancia de agravación se desestima, debido a que el empleo del cuchillo está incorporado en la comisión del delito, mediante su uso se materializó la violencia, representada en la especie por las lesiones menos graves inferidas a la víctima; por ende, de aceptarse importa infringir el principio establecido en el artículo 63 del Código Penal.

Por estas consideraciones y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 24, 26, 28, 50, 68 inciso 1°, 69, 432, 436 inciso 1°, 439 y 456 bis N° 3 del Código Penal; 1, 4, 47, 281, 295, 296, 297, 325 y siguientes, 340, 341, 342, 344, 346, 348 y 484 del Código Procesal Penal, y Ley 18.216 **se resuelve** :

I.- Que, se condena al acusado DARIO VICTORINO CUEVAS CAICOMPAI, ya individualizado, como autor del delito consumado de robo ejecutado con violencia en la persona del ofendido José Gladio San Martín Ulloa cometido alrededor de las 05. 30 horas del 7 de mayo de este año en Curacautín, a cumplir la pena de CINCO AÑOS Y UN DIA de presidio mayor en su grado mínimo, a la 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 de las costas.

Atendida la extensión de la pena, no se le concede beneficio alguno de los previstos por la ley 18.216 debiendo cumplir la sanción impuesta efectivamente privado de libertad, que se contará desde el día 7 de mayo de 2006, fecha en que fue detenido y desde la cual permanece ininterrumpidamente en prisión preventiva, según consta del apartado noveno del auto de apertura, acogiendo de este modo la petición de ambos acusadores y desestimándose la formulada en tal sentido por la defensa.

II- Que, se decreta el comiso del cuchillo incorporado como evidencia material.

Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar. 24 de junio de 2005, Rit 71-2005.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que los hechos materia de la acusación formulada por el Ministerio Público, según se lee del auto de apertura, son los siguientes: "El día 23 de abril del 2004, siendo aproximadamente las 21:00 horas, el imputado Roberto Esteban Gaete Navarro, se encontraba en el sector de Calle Condell entre Londres y París de la ciudad de Villa Alemana, lugar donde se acercó a la víctima, el menor de 14 años Luis Alberto Orrego Donique, quien caminaba por dicha calle en compañía de su compañero de colegio Luis Alejandro Román González, con los cuales sostuvo un breve dialogo, procediendo a sacar de entre sus vestimentas un cuchillo, rodeando con sus brazos al menor Luis Orrego y colocando el cuchillo que portaba en el cuello de éste, logrando así inmovilizarlo. En esta situación el imputado procedió a solicitarle dinero a los menores por lo que el menor Luis Román González fue a buscar el dinero solicitado a su casa dando aviso su padre, mientras Luis Orrego quedó con el imputado retenido; posteriormente el imputado condujo al menor Orrego por cerca de una cuadra hasta el sector del estero que se encuentra en calle Condell con Madrid en Villa Alemana, donde exigió a la víctima la entrega de su mochila marca Head, color negro con gris, la que contenía en su interior un discman marca Kioto, un porta CD con diez discos compactos, una carpeta para partituras y otros efectos personales, del mismo modo en dicho lugar exigió por parte del menor la entrega

de su billetera negra la que contenía la suma de \$ 1.800 en su interior, además de la entrega de un reloj Block Stey, como así mismo una caja que contenía una trompeta en su interior. Posteriormente el imputado al ver la presencia del padre del menor Luis Román, procedió a devolverle la caja con la trompeta a solicitud del adulto huyendo del lugar de los hechos portando las demás especies sustraídas. Como consecuencia de la actuación del imputado, la víctima Luis Orrego resultó con una lesión cortante consistente en una erosión lineal de 10 cms. de extensión en la zona del costado de su cuello”.

TERCERO: Que en concepto de la fiscalía, los hechos descritos son constitutivos del delito de Robo con Violencia en grado de consumado, descrito y sancionado en el artículo 436 del Código Penal, perpetrado en calidad de Autor, de conformidad a lo establecido en el artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal.

Que respecto del acusado concurren las circunstancias agravantes de responsabilidad del artículo 12 N° 16 del Código Penal, es decir, ser reincidente en delito de la misma especie; la del artículo 456 bis N° 2, del mismo código, esto es ser la víctima niño, anciano, inválido o persona en manifiesto estado de inferioridad física; y la circunstancia agravante especial contemplada en el artículo 450 inciso segundo del Código Penal, esto es que el culpable haga uso de armas o sea portador de ellas.

Solicitó, se imponga al acusado la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo más las accesorias legales, el comiso de las especies utilizadas en la comisión del ilícito y costas, como autor del delito de Robo con Violencia.

DÉCIMO CUARTO: Respecto de la circunstancia agravante especial contemplada en el artículo 450 inciso segundo del Código Penal, esto es que el culpable haga uso de armas o sea portador de ellas, el Tribunal no dará lugar a la misma, por cuanto dicha conducta se encuentra subsumida dentro del tipo penal del robo con violencia, por lo que cabe dar aplicación en la especie a lo establecido en el artículo 63 del Código Penal, que impide considerar dicha situación como circunstancia agravante.

En el caso concreto de este juicio, el uso del cuchillo por parte del acusado, fue el medio que utilizó para perpetrar la apropiación de especies de propiedad de la víctima, encontrándose directamente vinculado el empleo de la violencia, con el hecho de la apropiación, por lo que tal circunstancia constituye, un elemento inherente de la parte objetiva del tipo penal del delito de robo con violencia. De esta forma, volver a considerar el uso del arma para aumentar la sanción penal, importaría necesariamente una vulneración del principio penal del non bis in idem consagrado en el artículo 63 del Código Penal. Así las cosas, el tribunal rechaza la solicitud del Ministerio Público, en orden a aumentar en un grado la pena señalada por la ley para el delito de robo con violencia.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 26, 28, 31, 45, 63, 68, 69, 432, 436 inciso primero y 439 del Código Penal; 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, y 344 del Código Procesal Penal se declara:

I.- Que se condena a Roberto Esteban Gaete Navarro, ya individualizado, como autor del delito de Robo con Violencia, descrito y sancionado en el artículo 436 inciso primero en relación con lo dispuesto en los artículos 432 y 439, todos del Código Penal, en grado consumado, a la pena de SEIS AÑOS de presidio mayor en su grado mínimo,

cometido el día 23 de abril del año 2004, en la comuna de Villa Alemana, en la persona del menor Luis Orrego Donique.

II.- Que se condena al sentenciado a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

III.- Que atendida la extensión de la pena, no se le concede al sentenciado ninguno de los beneficios dispuestos en la Ley 18.216, debiendo cumplir la pena que se le impone en la presente sentencia, real y efectivamente, sirviéndole de abono los días que ha permanecido ininterrumpidamente privado de su libertad por esta causa, desde el día 4 de mayo de 2004, según lo consignaron en la audiencia por los intervinientes.

IV.- Que el acusado queda condenado al pago de las costas del juicio.

3.1.2. Jurisprudencia que aplica el artículo 450 inciso segundo del Código Penal

Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. 01 de marzo de 2006, Rit 03-2006.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Acusación. Que, el Ministerio Público dedujo acusación en contra de los acusados, según se lee en el auto de apertura del juicio oral, fundándola en los siguientes hechos:

DELITO UNO COMÚN A AMBOS ACUSADOS:

El día 16 de agosto de 2005, a las 20:25 horas, aproximadamente, ESTEBAN ALONSO HIDALGO RAMÍREZ y FELIPE DANILO FERNANDEZ MARTINEZ, en compañía del menor Sebastián Martínez Chirino y de un cuarto sujeto no individualizado, concurren a la Farmacia SalcoBrand ubicada en Av. Antonio Varas N° 2108, comuna de Ñuñoa. El menor Sebastián Martínez y Esteban Hidalgo Ramírez ingresaron al interior de la farmacia para asaltarla. En el intertanto se mantuvieron en la puerta de la farmacia para asegurar la ejecución del delito, vigilando el lugar, Felipe Danilo Fernández Martínez, quien portaba un revólver marca Taurus calibre 38, con cuatro cartuchos en su interior no percutados y un cuarto sujeto no individualizado.

En el interior de la farmacia, Sebastián Martínez sacó desde sus ropas un revolver a fogeo adaptado como arma de fuego, al calibre 22, para intimidar y amenazar a los dependientes y clientes que se encontraban en el lugar. Los sujetos que estaban al interior de la farmacia, Hidalgo y Martínez exigieron la entrega del dinero a los dependientes, diciéndoles que era un asalto y que abrieran las cajas. Los dependientes ante los gritos de “ábreme la caja y entrégame la plata”, atemorizados, tuvieron que entregar el dinero en una caja de cartón, cuya suma total asciende a \$436.430, integrada por billetes y monedas.

Durante su accionar Hidalgo y Martínez redujeron al guardia de seguridad que estaba al interior del local, a quien le exigieron no hacer nada frente al asalto, le dijeron expresamente con voz alta "Quédate tranquilo". También golpearon e intimidaron al cliente de la farmacia don Alvaro Castillo Altmann, a quien trataron de quitar su celular, golpeándolo incluso con una patada.

Con el dinero en su poder los Sres. Hidalgo y Martínez salieron de la Farmacia Salcobrand, siendo detenidos por personal de Carabineros de la S.I.P. de la 33° Comisaría de Ñuñoa, afuera de la farmacia en la puerta de entrada.

Esteban Hidalgo fue detenido con el dinero sustraído en sus manos y Sebastián Martínez con un revolver a fogueo adaptado como arma de fuego, al calibre 22. También fue detenido Felipe Danilo Fernández Martínez afuera de la Farmacia, en la entrada, con un revolver marca Taurus, calibre 38 mms. El cuarto sujeto que realizaba labores de cobertura y vigilancia junto a Fernández, para que el asalto pudiera perpetrarse con éxito, huyó antes de poder ser detenido. Lo que no ocurrió con Felipe Danilo Fernández que fue detenido por personal de la S.I.P. de Carabineros con un arma en su poder.

DELITO DOS DEL ACUSADO ESTEBAN ALONSO HIDALGO RAMÍREZ

El día 3 de agosto de 2005, a las 17:50 horas, aproximadamente, ESTEBAN ALONSO HIDALGO RAMÍREZ, en compañía de otros tres sujetos no identificados, concurren a la Farmacia SalcoBrand ubicada en Av. José Domingo Cañas N°1701, comuna de Ñuñoa. El acusado Esteban Hidalgo junto a los demás sujetos ingresaron al interior de la farmacia para asaltarla.

En el interior de la farmacia, Esteban Hidalgo con un arma de fuego redujo e intimidó a los dependientes, obligándolos a tirarse al suelo, en especial al guardia de seguridad; luego dicha arma la colocó entre sus ropas, pero continuó apuntándolos. Los sujetos no identificados y el imputado Hidalgo exigieron que abrieran las cajas de ventas y la caja de seguridad en que se encontraba el dinero, sustrayendo y apropiándose de cerca de \$800.000.- (ochocientos mil pesos).

Con el dinero en su poder Esteban Hidalgo y los otros 3 sujetos, salieron de la Farmacia Salcobrand, huyendo del lugar."

A juicio del Ministerio Público los hechos antes descritos constituyen dos delitos de ROBO CON INTIMIDACIÓN, previstos y sancionados en el artículo 436 inciso primero del Código Penal en relación a los artículos 432 y 439 del mismo código en grado de ejecución de consumados, correspondiéndole a los acusados ESTEBAN ALONSO HIDALGO RAMÍREZ y FELIPE DANILO FERNANDEZ MARTINEZ participación a título de autores en el delito N° 1 ejecutado el día 16 de agosto de 2005, de conformidad a lo previsto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal. Asimismo, en el delito N° 2 ejecutado el día 3 de agosto de 2005, al acusado ESTEBAN ALONSO HIDALGO RAMÍREZ le cabe participación a título de autor de conformidad a lo previsto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

Sostiene el persecutor que concurre respecto del primer hecho y de ambos acusados la agravante de responsabilidad penal prevista en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores, circunstancia que concurre igualmente respecto del acusado Hidalgo Ramírez en relación al hecho acontecido el día 3 de agosto de 2005

En cuanto a la pena requerida, la Fiscalía solicita se imponga al acusado FELIPE DANILLO FERNANDEZ MARTINEZ, la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio más la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena como autor del delito de Robo con Intimidación en las personas ejecutado el día 16 de agosto de 2005 y al acusado ESTEBAN ALONSO HIDALGO RAMÍREZ la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, más la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor de los delitos de Robo con Intimidación en las personas ejecutados los días 3 y 16 de agosto de 2005, además de condenarse a ambos acusados a las costas de la causa.

La parte querellante, Salcobrand S.A., representada por sus abogados Francisco Velozo Alcaide y Paola Herrera Fuenzalida, y en la audiencia por Pablo Paredes Bravo se adhirió a la acusación presentada por el Ministerio Público.

UNDÉCIMO: Calificación jurídica. Que los hechos así determinados configuran los siguientes delitos:

1.- Robo con intimidación ocurrido en la comuna de Ñuñoa, territorio jurisdiccional de este Tribunal, el día 03 de agosto de 2005, previsto y sancionado en el artículo 432 en relación con los artículos 436 y 439, todas disposiciones del Estatuto Penal, desde que se logró establecer que un tercero, sin la voluntad de su dueño, con evidente ánimo de lucro, se apropió de especie mueble ajena, constriñendo la voluntad de los ofendidos por medio de intimidación, que logró finalmente la entrega de aquellas.

Ilícito que en cuanto a su grado de desarrollo aparece como consumado, al haber ejecutado su hecho, todos y cada uno de los elementos descritos en la figura en estudio, en los términos del artículo 7 del Código Penal.

2.- Delito de hurto de especies, previsto y sancionado por el artículo 432 en relación con el artículo 446 N°2 ambas disposiciones del Código Penal, toda vez que resultó acreditado durante el juicio que un tercero, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, sustrajo especies que exceden, en cuanto a su monto, las cuatro Unidades Tributarias Mensuales y no sobrepasan las cuarenta Unidades Tributarias mensuales, objetivo que logró consumarse, desde que el ejecutor sacó de la esfera de resguardo que mantenía el ofendido respecto de aquellas, de conformidad a lo prescrito en el artículo 7 del Código Penal.

Que ahora bien, en relación a la comisión del delito signado con el numeral segundo de esta sentencia, concurre respecto de su comisión, tal como se indicara a los intervinientes al momento de invitar a debatir respecto de una probable recalificación, la circunstancia expresada en el artículo 450 inciso segundo del Código Penal, al resultar acreditado durante el proceso que en la materialización del injusto penal en estudio, los ejecutores portaron armas.

En efecto resulta con claridad meridiana esa circunstancia desde quienes se encontraban presentes en el local comercial ya suficientemente individualizados, vieron que estos tenían un arma de fuego la que, según pudo determinarse con posterioridad era a foguero y un revólver calibre 38 mm., situación que es corroborada por los dichos de los funcionarios de carabineros Subteniente Alvarez

y el funcionario Muñoz Pantoja, circunstancia que fluye además de la fijación fotográfica efectuada respecto de estas como también de lo expresado por el perito Josué Carrasco Anabalón, que examinó y perició dos objetos metálicos, reconocidas por éste como las armas de fuego, objeto de su informe; lo que también es ratificado por la incorporación de aquellas como evidencia material, por lo que se tendrá como un hecho acreditado en el proceso que en la comisión del ilícito ya antes configurado fue utilizada, dentro del local comercial, un revolver a fogueo adaptado a calibre .22, apto al disparo; y un revólver marca Taurus calibre .38 especial, el que era portado por uno de los acusados en las afueras de la farmacia Salcobrand.

Que la incorporación a nuestra legislación de la norma en comento, permite sin duda alguna llegar a la conclusión antes indicada, sin contradecir lo razonado en las motivaciones que anteceden, pues la cita legal establece precisamente la posibilidad cierta que en un hurto, las armas incorporadas sean utilizadas por medio de su exhibición. A este respecto dicha circunstancia, se materializó en los hechos cuando al deponer Cifuentes Lagos expresara como uno de los acusados mostraba el arma, sin apuntar a nadie en específico, con un movimiento.

A su turno, la mera exhibición de aquellas sin proceder de manera directa a la intimidación, como ocurrió en el primer hecho asentado (segundo del auto de apertura), puede ni debe ser considerado en los términos del artículo 439 del Código Penal, como ya se indicó.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 3, 7, 11 N°6, 14 N°1, 15 N°1, 16, 18, 25, 30, 31, 68, 69, 70, 74, 432, 436 inciso 1°, 439, 446 N°2, 450 y 456 bis N°3 del Código Penal y artículos 45, 295, 297, 325 y siguientes, 340, 341, 342 y 348 del Código Procesal Penal; se declara:

I.- Que se condena a ESTEBAN ALONSO HIDALGO RAMÍREZ, ya suficientemente individualizado, por su responsabilidad en calidad de autor del delito consumado de robo con intimidación de dinero de farmacia Salcobrand perpetrado en esta ciudad el día 3 de agosto de 2005, a sufrir la pena de CINCO AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO y a la penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

II.- Que se condena al acusado ESTEBAN ALONSO HIDALGO RAMÍREZ, como autor del delito de hurto consumado de dinero de farmacia Salcobrand cometido en este territorio jurisdiccional el día 16 de agosto de 2005, a sufrir la pena de TRES AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO, a la pena de multa de ONCE (11) Unidades Tributarias mensuales, accesorias a la de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

Tribunal Oral en lo Penal de Chillán. 28 de abril de 2006, Rit 23-2006.

Considerandos relevantes:

VOTO DISIDENTE.

Se previene que el magistrado, don Gonzalo Bustos García, estuvo por aplicar a los acusados Eduardo Andrés Hidalgo Rabanal, Jorge Alfredo Barriga Rodríguez y María José Vallejos Hidalgo, el aumento especial de pena establecido en la actual redacción del artículo 450 inciso 2° del Código Penal, esto es, cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, en consideración a lo resuelto en el motivo decimotercero de este fallo, ya que se acreditó en el proceso que acusado Hidalgo Rabanal portaba un arma blanca, con la que causó heridas cortantes a la persona que asalto en compañía de los otros dos participantes para sustraerle, en definitiva, un celular. El cuchillo fue el medio empleado para intentar que la víctima entregare alguna de las especies que portaba. **Por otra parte, cabe tener en cuenta que el uso de un arma blanca (o de otro tipo), no está incorporada en la descripción del tipo penal del robo con violencia o intimidación en las personas, ni siquiera se incluye en la estimación que realiza el artículo 439 del Código Penal para entender cuando existe violencia o intimidación en las personas, de forma tal que al aplicar la agravación de pena, no se vulnera el principio “non bis in idem”, que la doctrina hace radicar en el artículo 63 del Código Penal, puesto que lo que buscó el legislador al modificar el inciso 2° del artículo 450, es sancionar de un modo más grave al que comete los delitos de robo y hurto mediante el uso o porte de armas. También cabe considerar que el robo con violencia, como el robo con intimidación, es un delito pluriofensivo, en donde lo esencial es la protección brindada a la seguridad e integridad de las personas, además de constituir un atentado contra la propiedad. Lo anterior se ve reforzado no sólo por el hecho de que existen variadas y diversas formas de intimidar o violentar a las personas, sino también, como ya se dijo, no es parte de la descripción del tipo penal de robo con violencia o intimidación de las personas el uso de algún tipo de arma, (definidas en el artículo 132 del Código Punitivo). Si el delincuente ha decidido utilizar alguna de ellas, el legislador ha dispuesto aumentar la pena que le hubiese correspondido si no lo hubiere hecho; por último, aplicar esta disposición, en la forma como la interpreta el voto de mayoría, se daría la paradoja que la persona que sólo porta un arma, sin usarla, sufriría mayor pena que aquel que efectivamente la utiliza en la comisión de este tipo de delitos.**

Atendido lo dispuesto en los artículos 14, letra f) y 113 inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales y en el artículo 468 del Código Procesal Penal, una vez ejecutoriado este fallo, remítanse copias autorizadas del mismo al Juzgado de Garantía de Chillán, a fin de darle oportuno cumplimiento. Póngase a los sentenciados a disposición del mencionado Tribunal. Ofíciense.

Tribunal Oral en lo Penal de San Fernando. 28 de Marzo de 2006, Rit 03-06.

Considerandos relevantes:

Se previene que la Magistrado doña Carolina Lazen Maldonado estuvo por aplicar la agravante del artículo 450 inciso segundo del Código Penal, considerando para ello que esta modificación legal tuvo por objeto agravar la pena en los casos en que se usaran armas blancas en los delitos de robo y hurto, como precisamente es el caso materia de este juicio.

3.2. La agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal.

3.2.1. El concepto de malhechor

3.2.1.1. Concepto de malhechor como delincuente habitual

Tribunal Oral en lo Penal de Iquique. 21 de abril de 2006, Rit 44-06.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que el Ministerio Público fundó su acusación, según se lee en el auto de apertura, en los siguientes hechos:

HECHO 1: El día 11 de mayo del año 2005, aproximadamente a las 07:45 horas, en circunstancias que Luis Araos Díaz, se encontraba con el brazo inmovilizado con un cabestrillo por una fractura al codo, y caminaba por Avenida Arturo Prat, a la altura de la Plazuela del Monumento Patricio Lynch, se le acercó el acusado Ángel Lazo Cruz y Bárbara Bravo Bilbao, a pedirle dinero, y ante su negativa, Lazo Cruz, lo intimidó indicándole que recién había salido de la cárcel y que procedería a hacerle daño, introduciendo la mano entre sus ropas como si fuera a sacar algo, para luego agarrarle la muñeca del brazo que tenía fracturado, mientras Bárbara Bravo que estaba a espaldas de la víctima, vigilaba el lugar y le señalaba a Ángel Lazo el lugar donde tenía la víctima la billetera, sustrayéndole Ángel Lazo el celular que portaba la víctima, quedando los imputados en el mismo lugar donde asaltaron a la víctima, la que huyó del lugar.

HECHO 2: El día 11 de mayo del año 2005, aproximadamente a las 10.30 horas, en circunstancias que la víctima don Javier Andrés Cruz Estica, caminaba hablando por teléfono celular por calle Sotomayor de esta ciudad, al llegar a la esquina de Obispo Labbé, fue interceptado por doña Bárbara Bravo Bilbao y el acusado Ángel Lazo Cruz, de los cuales la mujer le colocó a la víctima una cortaplumas en el pecho, señalándole que soltara el celular sino quería que lo clavara, mientras que el acusado se mantenía vigilante al lado, ante lo cual la mujer le arrebató el celular de las manos colocándose después detrás de Ángel Lazo, su acompañante, quien sacó un cuchillo cocinero de aproximadamente 15 centímetros de hoja, mostrándoselo a la víctima en forma amenazante, y señalándole expresamente: “Haber síguenos, atrévete”, para posteriormente huir del lugar siendo detenidos posteriormente por Carabineros. La especie fue evaluada por la víctima en la suma de 30.000 pesos.

A juicio de la Fiscalía, los hechos descritos precedentemente son constitutivos de dos delitos de robo con intimidación, tipificados en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, en relación con los artículos 432 y 439, encontrándose los mismos en grado de ejecución consumado y correspondiendo al acusado una participación en calidad de autor inmediato y directo.

A su vez, expresa que perjudica al acusado, la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores; sin que concurren minorantes.

El ente acusador alegó que en los dos delitos contenidos en la acusación perjudica al acusado la agravante contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, puesto que en ambos intervinieron dos personas; circunstancia que disminuyó las posibilidades de defensa de las víctimas, aumentando su indefensión. Sostiene además que beneficia más al acusado la aplicación de la pena de conformidad con el artículo 351 del Código Procesal Penal y reitera su solicitud de condena.

Por su parte la defensa sostuvo que, respecto de la circunstancia agravante alegada por el acusador, la doctrina y jurisprudencia han establecido que para su concurrencia se debe determinar la existencia de otra persona que tenga también una participación de autora en el ilícito y como en la especie sólo ha existido un juicio respecto de una persona, y no es posible entender que concurre dicha agravación especial; debiendo desecharse la solicitud en este sentido, del Ministerio Público. Asimismo, solicita se aplique la pena mínima, considerando la asignada a cada delito en forma separada, esto es, dos penas de 5 años y 1 día cada una; sin que se acceda a la petición de la Fiscalía en el sentido de aplicar el artículo 351 del Código Procesal Penal.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, a diferencia de lo expuesto y solicitado por el Ministerio Público, en la especie **no concurre la circunstancia agravante especial del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores. En efecto, si bien se logró acreditar durante la secuela del juicio que en ambos ilícitos asentados intervino el acusado y una mujer, no es posible atribuir a ésta la calidad de malhechora, entendiéndose por tal, según la Real Academia de la Lengua Española, a quien comete un delito y especialmente que los comete por hábito; toda vez que para arribar a dicha conclusión menester resultaría haber acreditado su participación culpable en los ilícitos de marras, declaración que de acuerdo con lo prevenido en el artículo 1° del Código Procesal Penal, sólo sería posible en el marco de un juicio penal dirigido en su contra; lo que no ocurre en la especie, al haberse acusado por el Ministerio Público sólo a Lazo Cruz; acogiéndose en consecuencia y por lo razonado, la petición formulada en este aspecto por la defensa.**

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 24, 26, 28, 31, 50, 68, 432, 436 inciso primero y 450 del Código Penal; artículos 1, 45, 295, 296, 297, 325 y siguientes, 340, 341, 348 351 y 468 del Código Procesal Penal, **SE DECLARA:**

I.- Que se condena a **ANGEL HUMBERTO LAZO CRUZ** ya individualizado, como **AUTOR** de dos delitos de **ROBO CON INTIMIDACIÓN**, perpetrados en esta ciudad el día once de mayo del año 2005, en perjuicio de Luis Araos Díaz y Javier Cruz Estica, respectivamente, a sufrir la pena única de **DIEZ AÑOS Y UN DÍA** de presidio mayor en su grado medio, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa.

II.- Que, no reuniendo el enjuiciado los requisitos establecidos en la ley N° 18.216, no se le concede ninguno de los beneficios de cumplimiento alternativo de la pena corporal contemplados en ella, por lo que deberá cumplir efectivamente la pena impuesta, para cuyo efecto se considerará como abono el tiempo que ha permanecido privado de libertad en esta causa, ininterrumpidamente desde el 11 de mayo del 2005, según consta en el auto de apertura.

III.- Que se decreta el comiso de las especies consistentes en un cuchillo y una cortaplumas, signados en la letra h) del motivo sexto; debiendo devolverse la chaqueta de colores gris y burdeo signada en la misma letra y motivación, a quien acredite ser su dueño.

Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle. 31 de agosto de 2002, Rit 25-02.

Considerandos relevantes:

VOTO DISIDENTE.

Se previene que el Magistrado don Carlos Isaac Acosta Villegas es de la opinión de no acoger la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores, respecto de ninguno de los acusados por no darse en la especie los requisitos que la citada disposición exige.

En efecto, conforme la definición de la palabra malhechor dada por el Diccionario de la Real Academia Española, **malhechor es aquel “que comete un delito, y especialmente que los comete por hábito”. Es decir, malhechor es aquel sujeto que al menos presenta antecedentes penales anteriores, pero no cualquier antecedente, ya que debe tratarse de hechos constitutivos de delitos y no meras faltas ni hechos constitutivos de cuasidelitos.** En el presente caso, a pesar de que el acusado David Araya Holstein presenta antecedentes penales por robo con fuerza, lo que lo constituye en malhechor, el resto de los acusados no los posee, por lo que no se dan los requisitos del citado artículo que exige pluralidad de malhechores. En efecto, Daniel González Guerrero no cuenta con anotaciones penales en su extracto de filiación y antecedentes, y, en el caso de Eduardo Morgado Pérez, del mérito de su extracto de filiación y antecedentes, certificación del 2° Juzgado del Crimen de Coquimbo respecto de la causa rol 26.148 y fotocopias autorizadas de la sentencia de primera instancia de causa rol 26.148, se desprende que la misma no se encuentra ejecutoriada, razón por la cual opera a su favor el principio de inocencia, no pudiendo, en consecuencia, considerársele malhechor. Lo anterior no sólo es un juego de palabras ya que tiene su origen en el propósito que el legislador dio a esta agravante especial, que es el peligro para la vida del ofendido. En efecto, la presencia de sujetos que no sean autores habituales de este tipo de delito hace disminuir con creces el peligro de muerte o de lesiones en la persona del afectado, lo que no ocurre en cambio con sujetos que sí tienen habitualidad en la comisión de este tipo de hechos, quienes son más osados. Finalmente cabe señalar que si el legislador hubiese querido que se aplicara la agravante cada vez que en un robo participara más de un individuo habría utilizado la expresión personas, individuos u otra similar, pero no la expresión malhechor.

Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle. 10 de mayo de 2003, Rit 09-03.

Considerandos relevantes:

PRIMERO: Los hechos, materia de esta acusación, según auto de apertura, ocurrieron el 27 de marzo de 2002 a las 22,25 hrs. aproximadamente, en las oficinas del Servicentro Esso, ubicado en la Ruta D-55, a 200 metros de la rotonda de ingreso a

Monte Patria, lugar en el que se encontraban los empleados Eduardo Alberto Vega Díaz y José Antonio Rodríguez Carvajal en el turno correspondiente de las 15 a 23 horas; haciendo su ingreso los acusados, Tapia Alfaro, portando un arma de fuego y Aracena Araya un arma blanca, ambos con sus rostros cubiertos, ordenando que les entregaran todo el dinero, a la vez que los insultaban y agredían, infiriendo Aracena Araya, heridas cortantes de carácter leves a los dependientes. Reducidas las víctimas, éstas fueron atadas de manos, lanzadas al piso de la oficina y registradas, apropiándose de la suma de \$ 107.560, producto de la venta de combustible; no conformes con dicha suma, exigieron la entrega de todo el dinero que existía en las instalaciones del Servicentro. Ante la negativa de los empleados, procedieron a golpearlos hasta obtener la información, que la recaudación del día se encontraba en una caja fuerte marca E. Hinze en la habitación contigua, caja que intentaron abrir, al no lograrlo y para conseguir su objetivo Tapia Alfaro efectuó dos disparos sin resultados, cuando trataban de descerrajar la caja fuerte fueron sorprendidos por Carabineros, quienes los detuvieron en el interior del local comercial. Además de lo anterior los acusados sustrajeron 6 cajetillas de 10 cigarrillos Belmont y 5 cajetillas de 10 cigarrillos Derby.

A juicio del Ministerio Público, los hechos anteriormente descritos son constitutivos del delito de robo con violencia sancionado en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal y la participación atribuida a los acusados es en calidad de autores, por lo cual solicita se condene a Mauricio Hernán Tapia Alfaro a la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias legales y a las costas de la causa. Respecto al acusado Carlos Edward Aracena Araya, a la pena de quince años de presidio mayor en su grado medio, a las accesorias legales y a las costas de la causa.

Para fundar la petición de estas condenas hace presente que concurren las siguientes circunstancias modificatorias de responsabilidad establecidas en nuestro Código Penal:

Respecto de ambos acusados la agravante del artículo 456 bis N° 3.

NOVENO: Que no se dará lugar a la agravante contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal de ser dos o más los malhechores alegada por la fiscalía **por estimar este tribunal que no puede considerarse malhechor a una persona exenta de anotaciones penales** y que le beneficia la atenuante de irreprochable conducta anterior resultando de ser así una dicotomía el tenerlo como malhechor en los términos de dicha disposición legal.

Y teniendo presente el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, los artículos 1, 5, 18, 21 y 157 del Código Orgánico de Tribunales; 1, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 28, 31, 50, 68, 69, 432, 436, 439 y 450 del Código Penal y los artículos 1, 47, 52, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 343, 346, 348, 468, 469 y 484 del Código Procesal Penal.

SE RESUELVE: CONDENAR a Mauricio Hernán Tapia Alfaro, RUN 13.977.029-3 y a Carlos Edward Aracena Araya RUN N° 15.044.432-2 ya individualizados, como coautores del delito de robo con violencia en las personas de Eduardo Vega Díaz y de José Rodríguez Carvajal, ocurrido el 27 de marzo de 2002 en la comuna de Monte Patria.

1. A Mauricio Hernán Tapia Alfaro, a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo. A las 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. Al pago de las costas de la causa. No se

otorgará medida alternativa de cumplimiento por la extensión de la pena, debiendo en consecuencia, el sentenciado cumplir efectivamente la pena impuesta, la que deberá contarse desde el 27 de marzo de 2002, fecha desde la cual ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad, conforme el auto de apertura del juicio oral.

2. A Carlos Edward Aracena Araya a la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio. A las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure el tiempo de la condena. A las costas de la causa. No se le otorgará medida alternativa de cumplimiento, por la extensión de la pena impuesta, debiendo en consecuencia el sentenciado cumplir efectivamente la pena impuesta, la que deberá contarse desde el 27 de marzo de 2002, fecha desde la cual ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad.

Se declara el comiso de la escopeta hechiza y se ordena el envío a la autoridad fiscalizadora para que proceda a su destrucción y de el cuchillo incorporados en la audiencia ordenándose su destrucción por el Sr. Administrador del tribunal. Los dineros acompañados como prueba material deberán ser devueltos a la fiscalía local, a fin de que proceda devolverlo a su dueño.

3.2.1.2. Concepto de malhechor como delincuente no habitual

Corte de Apelaciones de Iquique. 28 de abril de 2006, Rol 36-06.

Considerandos relevantes:

IQUIQUE, veintiocho de Abril de dos mil seis.-

VISTO Y OIDO:

Que en estos antecedentes RUC N° 0500123950-5, RIT N° 16-2006, don Sergio Zenteno Alfaro, Defensor Local de Iquique, en representación de Mario Sánchez Marín, dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, de fecha 21 de febrero de 2006, en virtud de la cual se impuso a dicho acusado la pena de Diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, y accesorias legales, como autor del delito de robo con violencia. El recurso lo fundamenta en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, esto es, por haber los jueces hecho una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En la audiencia dispuesta para conocer del recurso, la defensa reiteró y detalló los argumentos del mismo, en tanto que la representante del Ministerio Público manifestó su rechazo al recurso por no concurrir los presupuestos legales que lo harían procedente.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la causal de nulidad propuesta se funda en el hecho que los sentenciadores en el considerando Decimoquinto estimaron que perjudicaba a todos los enjuiciados la circunstancia contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, esto es, ser dos o mas los malhechores, expresando que resultaba irrelevante el que dos

de los hechores no cuenten con anotaciones en sus extractos –prontuarios penales-, “ya que no obstante ello, mantienen su calidad de malhechores al entender por tales, como lo consigna el Diccionario de la Lengua Española, “El que comete un delito y especialmente el que los comete por hábito”, así, es suficiente la comisión del ilícito, debiendo además tomarse en consideración que la agravante en comento se estableció precisamente en atención al menor grado de reacción y/o defensa que se produce en la víctima al ser dos o más los delincuentes, y es precisamente ello lo que ocurrió en la especie.”. La recurrente sostiene que se cometió un error de derecho al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, en este caso la modificatoria especial del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, lo que significó imponer al sentenciado una pena más grave que la designada en la ley;

SEGUNDO: Que la recurrente argumenta que la ley no ha indicado el significado de la voz “malhechor”, por lo que debe colegirse que no tiene significación legal, y por lo tanto debe estarse a la regla de interpretación que establece el artículo 20 del Código Civil, y dársele a esta palabra su sentido natural y obvio. Dicho vocablo en el Diccionario de la Real Lengua Española tiene el siguiente significado: “Que comete un delito, y especialmente que los comete por hábito”. Este sentido le han dado diversos tratadistas de derecho penal. Agrega que por constituir la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal una agravante, en su opinión, su interpretación debe ser en forma restrictiva, ya que una interpretación extensiva se extiende peligrosamente a la “integración” de la ley, haciendo aplicable la norma a un caso abiertamente no comprendido en su sentido gramatical, pero análogo a uno si abarcado, atentando al principio de “reserva”. En caso de duda, lo aconsejable es no aplicarlo, pues podría violarse el artículo 19 N° 3, inciso final, de la Carta Fundamental. Añade que dentro del sentido literal se encuentra la habitualidad y el que simplemente comete un delito, ante lo cual, por aplicación del principio pro reo –artículo 19, N° 3, de la Constitución Política de la República-, debe aplicarse la conclusión hermenéutica que menos agrave la responsabilidad del ciudadano por su acción frente al Estado. Igualmente existe una contradicción en la sentencia al reconocer la irreprochable conducta anterior a dos de los sentenciados y por otra parte calificarlos de malhechores.

CUARTO: Que, en estas circunstancias, la conducta reprochada a los jueces del tribunal a quo consiste en la interpretación que dieron en la sentencia definitiva a la norma del artículo 456 bis, N° 3, del Código Punitivo, y en este sentido los sentenciadores en el considerando 15° razonaron al efecto, expresando “fue precisamente la concurrencia de todos ellos –los sentenciados- lo que permitió una mayor indefensión en la víctima en la que se anuló, por lo mismo, cualquier intento o imposibilidad de resistencia al ataque que sufría. Desde esa perspectiva, **irrelevante resulta el que dos de los hechores no cuenten con anotaciones anteriores en sus extractos respectivos,**” y como se expresó en el razonamiento Segundo precedente, **los sentenciadores de primer grado al analizar el vocablo “malhechores”, concluyeron que la norma establece como tal al individuo que comete un delito, sin perjuicio del que lo hace por hábito, y al razonar de la manera señalada no se divisa que hallan incurrido en un error de derecho;**

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad intentado por el Defensor Penal Público de Iquique, don Sergio Zenteno Alfaro, en contra de la sentencia dictada el veintiuno de febrero del presente año, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, integrado por don Carlos Cosma Inojosa, Marilyn Fredes Araya y don Rodrigo Emiliano Vega Azocar.

Corte de Apelaciones de Santiago. 23 de noviembre de 2005, Rol 457-2005.

CONSIDERANDOS RELEVANTES:

Considerandos relevantes:

Vistos: Que en estos antecedentes sobre juicio oral en lo penal, RIT N° 11-2005, seguido ante una Sala Itinerante del Tribunal Oral de Santiago, se dictó sentencia condenatoria en contra de Humberto Alejandro Barrientos Neipán y Jorge Jonathan Cereceda Fernández, quienes fueron sancionados a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa, por su participación de co-autores del delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación, en grado de tentado, castigado como consumado, cometido en perjuicio de Wilson Navea Rodríguez y Laureana Quiero Ardiles, perpetrado el día 05 de julio del año 2005, en la comuna de Pudahuel. No se concedió a los sentenciados, beneficio alternativo alguno para el cumplimiento de sus respectivas condenas. En contra de esta sentencia, el abogado don Andrés Rojas Román, Defensor Penal Público, en representación de las condenados, dedujo recurso de nulidad pidiendo que se anule ésta y se dicte fallo de reemplazo porque se habría hecho una errónea aplicación del derecho, lo que ha tenido una influencia sustancial en lo dispositivo del mismo, en primer lugar, al considerar como agravante en contra de los imputados la de ser dos o más los malhechores; seguidamente, y en subsidio de la nulidad anterior, por haberse aplicado la norma del artículo 450 del Código Penal y sancionar como consumado el delito que sólo alcanza al grado de tentativa. En subsidio, aún, el recurrente pide anular tanto el juicio como la sentencia al haberse hecho una errónea interpretación del artículo 334 del Código Procesal Penal permitiendo incorporar al juicio oral pruebas que corresponden a la investigación policial y del Ministerio Público, lo que fue oportunamente reclamado, produciéndose un vicio en la formalidad del juicio. Se citó a la audiencia respectiva, en donde alegaron tanto el recurrente como el Ministerio Público y se convocó a las partes a la lectura del fallo para el día 23 del presente, a las 13:30 horas. **CONSIDERANDO:** 1º.- Que se ha invocado como causal de nulidad la contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, el haberse hecho una errónea aplicación del derecho en el pronunciamiento de la sentencia, con influencia sustancial en lo dispositivo de la misma. Se expresa en el recurso que en la audiencia de juicio oral la defensa hizo tres solicitudes, que el fallo, rechaza permitiendo sancionar a sus representados con una pena que les impide acceder a algún beneficio alternativo de cumplimiento de la misma, y que son precisamente los fundamentos de este reclamo porque, como ya se dijo, hay error de derecho en su negativa; 2º.- Que el primer capítulo del recurso se refiere a la aplicación errónea de la circunstancia agravante contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, es decir, considerar que en la especie se trata de la actuación de dos o más los malhechores en los hechos investigados. Ello es equivocado, según el recurso, porque tal modificatoria de responsabilidad criminal no se refiere a la mera participación numérica de personas, sino que si se ha utilizado por el legislador la expresión malhechores es porque éste ha querido considerar el mayor riesgo o peligro que significa el verse expuesto ante la presencia de ser dos o más personas de esas características, por lo que para configurar la agravante se requiere que los sujetos activos del delito sean delincuentes y que por ello objetivamente exponen a las víctimas a un peligro potencialmente mayor. Por lo tanto, y habida consideración a que los hechos de este caso no registran

antecedentes delictuales anteriores y que ingresaron a la casa habitación en momentos que ésta se encontraba sin moradores, es posible concluir que no se asimilan a las características que exige la norma legal aplicada; 3º.- Que no obstante lo antes referido, para determinar jurídicamente el correcto sentido del concepto malhechores que utiliza el código, conforme lo expresa la doctrina, es preciso remontarse a la razón de ser de la agravante en comento, cual es el debilitamiento de la defensa privada, el mayor peligro que enfrentan las víctimas y la mayor seguridad con que amparados en su número actúan los delincuentes, factores que se dan cuando existen varios partícipes que actúan materialmente en el momento y en el lugar del delito, por lo que en consecuencia, lo relevante es que los agresores sean dos o más y no que hayan cometido delitos con anterioridad; 4º.- **Que en la sentencia impugnada ha quedado claramente establecida la razón por la cual se estima que perjudica a ambos encausados la agravante contenida en el artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal, probado que fue el que obraron juntos en la comisión del delito, circunstancia ésta de carácter material que se configura por cuanto se aumenta la peligrosidad para la víctima y resulta ser mayor la eficacia del delito, esto es, que los hechos obran con mayor seguridad cuando lo hacen amparados en la multiplicidad de partícipes, con independencia de que éstos tengan o no una conducta anterior reprobable;** 5º.- Que, en conclusión, para que se configure la agravante del artículo 456 bis Nº3 del Código Penal se requiere sólo que sean dos o más las personas que hayan intervenido materialmente en el delito, aunque no hubieren antes delinquido; en consecuencia, al así decidirse en la sentencia impugnada, no se ha incurrido en error de derecho y, por el contrario, se ha dado correcta aplicación a la ley;

Que además de lo anterior y sólo a mayor abundamiento, para rechazar este capítulo bastaría considerar con que en la especie tanto el hecho punible como la participación culpable de los imputados se encuentran comprobados en la sentencia por otros medios suficientes, que están más allá de toda duda razonable, por lo que, de ser efectiva la infracción denunciada que como antes se dijo, no lo es- ella no influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por lo que no reúne la exigencia genérica contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, que es precisamente la norma en que se sustenta también este capítulo de nulidad. Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 372, 373, 380 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por don Andrés Rojas Román, Defensor Penal Público, en representación de los sentenciados Humberto Alejandro Barrientos Neipán y Jorge Jonathan Cereceda Fernández, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Itinerante de Juicio Oral Santiago con fecha doce de octubre de dos mil cinco, por lo que ésta y el juicio oral correspondiente no son nulos. Redactó el Ministro señor Dolmestch. Regístrese y comuníquese por fax. RIT 11-2005. ROL CORTE Nº 457-2005. RUC Nº 05002721.6-8 Resolución incluida en el Estado Diario de hoy.

Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. 16 de octubre de 2006, Rit 171-2006.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: La acusación deducida por el Ministerio Público se fundamentó en los siguientes hechos: "El día 24 de marzo de 2006, aproximadamente a las 17:30 horas, los imputados ingresaron al local de Internet, ubicado en Av. Vicuña Mackena 6989, Comuna de La Florida, el imputado ROJAS VALENZUELA, premunido de un arma a fuego, y el

imputado ROJAS SOTO, premunido de un arma de fuego y procedieron a intimidar a MAURICIO FABIAN ALARCÓN ORELLANA, FRANCISCO ENRIQUE ROJAS CABRERAS y PAULA ALEJANDRA REYES REYES, quienes se encontraban al interior del local, con sus respectivas armas exigiéndoles entregar el dinero y las especies que tenían, para posteriormente huir del lugar con las siguientes especies: un (1) reloj marca Citizen, un (1) reloj marca Polo Star, cuatro (4) billetes de \$1000 (mil pesos), veintiséis (26) monedas de \$100 (cien pesos), cuatro (4) monedas de \$50 (cincuenta pesos), un (1) celular marca Samsung color plomo, modelo N°: SGH-R225, de la empresa ENTEL PCS, un (1) celular marca Samsung color negro, modelo C207, de la empresa Movistar, de prepago, siendo detenidos por funcionarios de Carabineros a pocos minutos de ocurridos los hechos, y encontradas en poder del imputado ROJAS VALENZUELA, las especies sustraídas, salvo el celular marca Samsung, color negro, que no fue recuperado”.

A juicio del Ministerio Público, los hechos descritos configurarían el ilícito de Robo con Intimidación previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, en grado de consumado, y en ellos a los acusados les ha cabido participación en calidad de autores, de conformidad a lo establecido en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

Según el Ministerio Público, no concurren circunstancias minorantes de responsabilidad, pero sí agravantes, ésta última la de ser dos o más los malhechores, descrita en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal.

NOVENO: Modificatorias concomitantes al hecho punible. Que respecto de la circunstancia agravante de responsabilidad prevista en el N° 3 del artículo 456 bis del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores, el Tribunal la acogerá, toda vez que se reúnen en la especie los requisitos normativos que la hacen procedente.

En efecto, ésta concurre por el sólo hecho de actuar dos o más sujetos en calidad de autores en el hecho por el que se dedujo acusación, sin ser relevante que aquéllos tengan habitualidad en la comisión de delitos.

Que como se comunicó en el veredicto, perjudica a los acusados dicha agravante, la que se tiene por acreditada al haber participado en el ilícito dos personas quienes actuaron materialmente en el momento de la apropiación, lo que dadas las circunstancias de cómo ocurrió el hecho redundó en una mayor seguridad en la comisión del delito, pues uno de los acusados permaneció en la puerta lógicamente con el objetivo de vigilar y de evitar la salida de las personas desde el interior y el otro ingresó hasta el fondo del local; dicha división de funciones tuvo por objeto limitar las posibilidades de accionar de los afectados constituyendo así dadas las circunstancias de este caso, la presencia de más de un hechor una ventaja, al haberse percatado de dicha situación el dueño del local y las dos personas que había en su interior.

Señala el profesor Etcheberry que el fundamento de la agravante de pluralidad de malhechores 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.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 7, 11N°6 y 9, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 24, 25, 28, 30, 47, 50, 68, 68 bis y 69, 432, 436 inciso 1°, 439 y 456 bis N° 3 del Código Penal; 1, 45, 46, 47, 52, 275, 281, 295, 296, 297, 306, 307, 309, 310, 314, 315, 319, 323, 325, 328, 329, 330, 333, 338, 339, 340, 341, 342, 344, 345, 346 y

348 del Código Procesal Penal, y en los artículos 15, 16, y 17 de la Ley 18.216, se declara:

I.- Que se condena a MARCELO ALFREDO ROJAS VALENZUELA, ya individualizado, a la pena de CUATRO AÑOS de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y a JAVIER ANTONIO ROJAS SOTO, ya individualizado, a la pena de SEIS AÑOS de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, ambos como co-autores del delito consumado de robo con intimidación, en perjuicio de Paula Alejandra Reyes Reyes y Francisco Enrique Rojas Cabrerías, perpetrado el 24 de marzo de 2006, en la ciudad de Santiago, y al pago de las costas de la causa.

II.- Que respecto del sentenciado Marcelo Alfredo Rojas Valenzuela, el informe evacuado por la Asistente Social da cuenta de las malas condiciones económicas en que se encuentra y, además, de estar privado de libertad se le exime del pago de las costas.

III.- Que, se decreta el comiso de la pistola a fogueo, marca Valtro, color negro, y el revólver marca Smith&Wesson, las que deberá remitirse a los arsenales de guerra, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 23 de la Ley Nº 17.798.

IV.- Que se concede al sentenciado Marcelo Alfredo Rojas Valenzuela el beneficio de la libertad vigilada, debiendo quedar sujeto por el término de la condena al tratamiento y observación del delegado de Libertad Vigilada que señale Gendarmería de Chile y cumplir con las demás condiciones establecidas en el artículo 17 de la mencionada Ley.

Tribunal Oral en lo Penal de Temuco. 04 de marzo de 2002, Rit 04-02.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que, los hechos materia de la acusación, según el auto de apertura de juicio oral, tuvieron lugar el día 15 de mayo de 2001, aproximadamente a las 19:00 horas cuando los imputados fueron sorprendidos sustrayendo, desde el interior del local comercial ubicado en calle Cruz Nº 358 de Temuco, una mesa amplificadora de música marca Leem, modelo PRO-105-6, que estaba embalada en una caja de cartón situada en el fondo del local. Pese a una maniobra de terceros destinada a impedir la visibilidad del vendedor, el dueño del local se percató de ella cuando los hechos arrastraban la caja hacia la puerta del establecimiento lo que permitió impedir la sustracción y también la posterior captura de estos. La especie referida fue evaluada en la suma de \$ 345.000.

La acusadora señala que los hechos son constitutivos del delito de hurto frustrado, sancionado en el artículo 446 Nº 2 del Código Penal, perpetrado por los acusados en calidad de autores; y, esgrime respecto de Moreno Malpu la agravante de ser reincidente en delito de la misma especie y la modificatoria especial de ser dos o más tos malhechores, previstas, respectivamente, en los artículos 12 Nº 16 y 456 bis Nº 3, ambos del Código Penal. En cuanto a Arévalo Olate, reconoce que le favorece la circunstancia de irreprochable conducta anterior prevista en el artículo 11 Nº 6 del Código Penal, pero le perjudica la ya referida agravante del artículo 456 bis del cuerpo legal citado.

DUODÉCIMO: Que, como en los hechos materia de la presente acusación se ha establecido que actuaron ambos acusados en la comisión del delito por el que se les condenará, ha de estimarse concurrente respecto de ellos la circunstancia modificatoria especial de responsabilidad prevista en el artículo 456 bis numeral tercero del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores.

No se requiere para la concurrencia de esta modificatoria, que los actuales acusados hallan cometido anteriormente delito, ni menos habitualidad delictual de ellos, bastando que en la comisión del hecho por el que actualmente se les sanciona, sean dos o más los agentes, quienes al cometer el delito pasan a ser los malhechores, los que delinquen, satisfaciendo así la exigencia legal.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 7,11 N° 6, 12 N° 16, 14 N° 1,15 N° 1, 24, 26, 30, 49, 51, 67, 432, 446 y 456 bis numeral tercero del Código Penal; 1, 4, 47, 281, 295, 296, 297, 325 y siguientes, 340, 341, 342, 344, 346, 348 y 484 del Código Procesal Penal, se resuelve:

I. Que, **se condena** con costas, a **RODRIGO EDUARDO AREVALO OLATE**, ya individualizado, a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, y al pago de una multa de **cinco (5) unidades tributarias mensuales**, a beneficio fiscal, según su equivalencia al día de su pago efectivo y a la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, dada su condición de autor del delito de hurto del que fuera víctima Gastón Chavaría Bustos, ilícito perpetrado en esta ciudad el día 15 de mayo del año recién pasado, en grado de frustrado.
Si 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 quinto de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda nunca exceder de seis meses.

II. Que por reunirse en la especie los requisitos del artículo 4 de la Ley 18.216, se concede al condenado Arévalo Olate el beneficio de la remisión condicional de la pena, señalándosele al efecto un periodo de observación de un año, debiendo además cumplir las exigencias del artículo 5 de dicho cuerpo legal. Si se le revocara el beneficio y debiere el condenado ingresar a cumplir efectivamente la pena impuesta, se le ha de reconocer como abono el tiempo de treinta días en que ha permanecido privado de libertad en esta causa, esto es, desde el 29 de noviembre y hasta el 28 de diciembre del año 2001.

III. Que, **se condena**, con costas, a **JORGE WALDEMAR MORENO MALPU**, ya individualizado, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, y al pago de una multa de seis (6) unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal según su equivalencia al día de su pago efectivo, y a la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, dada su condición de autor del delito de hurto del que fuera víctima Gastón Chavaría Bustos, ilícito perpetrado en esta ciudad el día 15 de mayo del año recién pasado, en grado de frustrado.

Si 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 quinto de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda nunca exceder de seis meses.

IV. Que, apareciendo en el extracto de filiación de Jorge Waldemar Moreno Malpu, que éste ya ha sido sancionado a cumplir la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, por el delito de robo en lugar no habitado, en los autos rol N° 33.926 del Tercer Juzgado del Crimen de esta ciudad; a la pena de ochocientos días de presidio menor en su grado medio como autor del delito de robo por sorpresa impuesta en la causa rol N° 86.199 del Segundo Juzgado del Crimen de Temuco; y, a la pena de seiscientos días de presidio menor en su grado medio, como autor del delito de hurto, en los autos rol 95.366 también del Segundo Juzgado del Crimen de esta ciudad, lo que implica que no concurren en la especie ninguno de los requisitos de los beneficios alternativos previstos en la Ley 18.216, no se le concede al sentenciado Moreno Malpu ninguno de ellos, debiendo por esto el condenado ingresar a cumplir efectivamente la pena impuesta, la que empezará a contarse desde el día 29 de noviembre del año 2001, fecha de su aprehensión y desde la cual permanece privado de libertad en esta causa, sirviéndole de abono los cuatro días que permaneció detenido, esto es, desde el 15 al 18 de mayo del año 2001, ambas fechas inclusive.

3.2.2. Diversos criterios utilizados por la jurisprudencia para no dar aplicación a la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal

3.2.2.1. La agravante no concurre, pues uno de los sujetos fue declarado sin discernimiento.

Corte de Apelaciones de San Miguel. 06 de febrero de 2006, Rol 649-05

Considerandos relevantes:

VISTOS:

En estos autos, RUC 0500375791-0, RIT 57-2.005, en la audiencia del dieciocho de enero de dos mil seis previa declaración de admisibilidad- se conoció del recurso de nulidad interpuesto por doña Karin Aurora Rivas Navarro, Defensor Penal Público, a fin de que se anule el juicio oral que tuvo lugar el siete de diciembre de dos mil cinco, ante la Sala itinerante del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago integrada por los jueces don Rodrigo Ignacio Carvajal Schnettler, quien la presidió, don Ramón Danilo Barría Cárcamo y doña Laura Cecilia Torrealba Serrano, y su sentencia fechada y notificada el nueve del mismo mes y año. Dicha sentencia condena al imputado **CARLOS ALBERTO FIGUEROA CARVACHO** a la pena de siete años y ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo, mas las accesorias legales, al pago de las costas de la causa, sin beneficios de la ley 18.216 en atención a la extensión de la pena aplicada, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, en grado de frustrado, perpetrado el 19 de Agosto de 2.005 en Puente Alto.

Segundo: Que los fundamentos del recurso de nulidad hechos valer por la Defensa se hacen consistir en la causal contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, la que establece que constituye causal la figura que se genera

cuando, en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiese influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Tercero: Que la causal invocada, el recurrente la tiene por configurada con el vicio que se ha producido en la dictación de la sentencia impugnada y que consiste en haber aplicado al imputado la agravante de responsabilidad penal de ser dos o mas los malhechores, contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Punitivo. Agrega la defensa que al no existir otro acusado aparte de su defendido, el tribunal ha hecho una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que, al considerar tal agravante determinó en definitiva que se le aplicara una pena elevada mas allá del mínimo, al no considerar en su favor ninguna circunstancia minorante de responsabilidad penal. La aplicación de la agravante señalada fue acordada con el voto en contra del juez integrante don Ramón Danilo Barría Cárcamo.

Quinto: Que al acordar el Tribunal de la instancia, por mayoría de votos, aplicar al sentenciado la agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, propuesta por el Ministerio Público - fundamento del presente recurso de nulidad - dándola por concurrente con la sola circunstancia de que el imputado fue sorprendido junto a otro sujeto, cuya edad impide perseguir su responsabilidad penal, situación que no obsta , según los recurridos, a su calidad de malhechor, la que no requiere que esté presente en el juicio, ni tener la calidad de imputado, han hecho a juicio de esta Corte una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues resulta claro, por lo razonado en el motivo décimo del fallo impugnado que la pena impuesta de siete años y ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo, lo fue en razón de la agravante acogida y determinó que no se le aplicara el grado correspondiente en su parte inferior , lo que en definitiva resultó gravoso para el imputado.

Sexto: Que este Tribunal comparte el voto de minoría del magistrado Ramón Danilo Barría Cárcamo, por las siguientes razones:

a.- La actuación de un menor o niño inimputable con un mayor , agrava la pena de éste último, siempre que se hubiera prevalido del menor en la comisión del ilícito, como lo señala el artículo 72, inciso 2º del Código Penal, pero no en otros casos no señalados por la ley;

b.- Ejecutar delitos con personas exentas de responsabilidad penal como lo son los menores, en delitos de la especie del de autos, no es agravante, pues por excepción lo es actuar con dementes, como expresamente lo señala el artículo 456 bis N° 5 del Código Penal;

c.- Es contrario a normas elementales, básicas de Derecho y, atentatoria contra el principio de inocencia, estimar malhechor a alguien que no fue objeto de persecución penal y mas aún en el caso de autos- jurídicamente no apto para perpetrar delitos, ya que, por falta de desarrollo mental, los menores no pueden ser considerados sujetos a ctivos idóneos para cometer delitos; y

d.- Se dice que malhechor es quién comete un delito y que dicha expresión es sinónimo de delincuente y, como ya se ha señalado en los acápite anteriores los menores inimputables, jurídicamente no son aptos para cometer delitos, por lo que tampoco puede estimarse, legalmente, que sean delincuentes.

Séptimo: Que, por lo reflexionado precedentemente y habiéndose hecho una errónea aplicación del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, se ha incurrido en la causal de nulidad contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, lo que faculta a esta Corte para invalidar el fallo recurrido sólo en cuanto por el vicio alegado y acogido se ha declarado que perjudica al encausado la circunstancia agravante de pluralidad de malhechores, dictando la sentencia de reemplazo conforme a derecho que aplique la pena que corresponde al tenor de los antecedentes de autos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 385 del cuerpo legal ya citado. Y visto lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 385 y 399 del Código Procesal Penal se declara que se acoge el recurso de nulidad interpuesto en representación del imputado Carlos Alberto Figueroa Carvacho, por la Defensora Penal Pública doña Karin Aurora Rivas Navarro, por la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del cuerpo legal ya señalado y en consecuencia se anula la sentencia de fecha nueve de diciembre de dos mil cinco, dictada por la Sala itinerante del Sexto Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Díctese a continuación y sin nueva audiencia, pero separadamente, sentencia de reemplazo, conforme a la ley. Redacción de la Ministra Señora María Teresa Letelier Ramírez.

Juzgado de Garantía de Purén. 22 de enero de 2002, Rit 105-2001.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que la fiscalía local de Purén dedujo acusación contra el imputado ya individualizado, el día 21 de diciembre de dos mil uno. En su presentación y como fundamento de la misma, el Sr. Fiscal señaló los siguientes hechos:

1. En la madrugada del día 21 de octubre de dos mil uno, el acusado se encontraba bebiendo en el domicilio de Jorge Mora Campos, ubicado en Av. Estadio N° 10 de la Comuna de Los Sauces, en compañía de Víctor Vásquez Torres, Roberto Toledo, el menor do edad Miguel Cid Mardones y el ofendido ya individualizado. Aproximadamente a las 03:00 horas, Erices Fernández salió del inmueble en compañía de Cid Mardones y se dirigió a comprar cigarrillos. Al regresar, se percataron de que Jorge Tardón Mella había salido de la casa en que se encontraban y se alejaba caminando por Avenida Estadio, en dirección a calle Prat , seguido por otra de las personas que había participado de la reunión: Víctor Joel Vásquez Torres. En eso momento, el acusado y el menor Cid Mardones intuyeron que Tardón Mella se dirigía a su domicilio, por lo que decidieron darle alcance. Para tal efecto saltaron un muro que resguarda el Recinto del Estadio Municipal de Los Sauces, a fin de cruzar por dicho lugar, acortando camino a fin de alcanzar al ofendido antes de que éste entrará a su domicilio ubicado en las proximidades del otro extremo del señalado Estadio.

Al llegar a la entrada principal del estadio Municipal de Los Sauces, Erices Fernández vió que Jorge Tardón Mella se aproximaba a su domicilio ubicado en las cercanías de la intersección de calles Ercilla y Rancagua. Entonces, junto al menor Cid Mardones lo llamaron desde la entrada del Estadio de Los Sauces, concurriendo Tardón Mella al llamado. Lo anterior fue observado de lejos por Víctor Vásquez Torres, quien se había despedido recientemente del ofendido. Posteriormente, al encontrarse Tardón Mella con el acusado y el menor ya señalado, este último procedió a agredirlo con un linchaco en la cabeza y en una mano. A su vez, Erices Fernández lo goleaba con los puños, para

posteriormente registrarlo y sustraerle una billetera que contenía la suma de \$ 1.700 (mil setecientos pesos).

La agresión fue observada directamente por Víctor Vásquez Torres, quien al ver que el ofendido de autos ingresaba al Estadio de Los Sauces, saltó la pandereta de protección y se dirigió al lugar de los hechos, percatándose de los hechos e interpellando al acusado, quien respondió que lo hacía por el dinero.

2. Producto de la agresión, Jorge Tardón Mella sufrió heridas cortantes en el cuero cabelludo y una contusión en la mano izquierda, con desprendimiento de uña. Estas lesiones fueron médicamente de carácter leve y requirieron de un tiempo de 12 a 14 días para sanar.

OCTAVO: Que no concurren otras circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, particularmente, las del artículo 456 bis del Código del ramo. Al respecto, el Tribunal concuerda con los intervinientes, en cuanto a que el lugar de comisión del ilícito es producto de las circunstancias y no fue escogido para asegurar la impunidad, cosa improbable atendida la cercanía de un cuartel de Carabineros de Chile, a menos de dos cuadras del lugar. En consecuencia, no concurre la agravante del N° 1 de la norma citada, por falta de los requisitos de fondo exigidos por la norma.

Por otro lado, en concordancia con lo expresado por el Ministerio Público y la defensa del acusado, no concurre la agravante del N° 3 del artículo 456 bis del Código Penal, por cuanto Erices Fernández no registra antecedentes delictuales y **quien lo acompañó durante la ejecución del ilícito es un menor de edad inimputable, que no puede ser calificado como malhechor, al tenor de la norma citada.**

Y teniendo presente lo dispuesto por los artículos N° 1, 5, 11, N° 6, 14, 15, N° 1, 18, 29, 50, 51, 68, 68 bis 69, 432, 436 y 450 del Código Penal; 45, 47, 343, 344, 406, 412, 413 y 415 del Código Procesal Penal; 15, 16 y 17 de la Ley N° 18.216, se declara:

I. Que **se condena a ROGERS NOLBERTO ERICES FERNANDEZ** a la pena de CUATRO AÑOS de presidio menor en su grado máximo y a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de inhabilitación absoluta para cargo u oficio publico durante el tiempo de la condena, en su calidad de autor del delito de robo con violencia en la persona de Jorge Tardón Mella.

II. Que por cumplir los requisitos establecido por la ley N° 18.216, se concede al sentenciado Erices Fernández el beneficio de la libertad vigilada, 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, bajo las condiciones que establece el artículo 17 del mismo cuerpo legal.

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 éste permaneció privado de libertad en la presente causa, entre el 30 de octubre de dos mil uno y el 19 de noviembre de dos mil uno.

IV. Que se condena en costas al sentenciado Erices Fernández.

3.2.2.2. La agravante no concurre, pues en la acusación se debe precisar la actuación de los malhechores

Juzgado de Garantía de Colina. 21 de marzo de 2006, Rit 901-2005.

Considerandos relevantes:

1.2. Que la acusación se sostuvo en los siguientes hechos: “El día 07 de agosto del 2005, aproximadamente las 23:45 horas, en circunstancias que la víctima, don José de la Cruz Silva Vilches, conducía el vehículo Placa Patente Única UH – 1103, marca Daewo, modelo Lanos de color blanco, por calle San Alberto con calle La Abarca de la comuna de Colina, luego de dejar un pasajero y al regresar a Santiago, por encontrarse perdido, consultó en esa intersección de calles a dos mujeres, por el camino de acceso hacia la autopista para regresar a Santiago, momento que fue aprovechado por el imputado Jimmy Anthony Ruz Sánchez y otro sujeto, para abalanzarse sobre la víctima, introduciendo uno de ellos su cuerpo por la ventana del costado del conductor, mientras el otro intimidaba a la víctima con un cuchillo, tomándolo desde sus ropas y sacándolo hacia fuera del vehículo. Luego de esto, el imputado, Jimmy Anthony Ruz Sánchez conjuntamente con las mujeres y el otro sujeto ya referidos, procedieron a abordar el automóvil en que se desplazaba la víctima, dándose a la fuga con dirección a la comuna de Lampa. Posteriormente, colisionaron el vehículo contra una alambrada y sustrajeron el radiotransmisor del automóvil para luego huir a pie, siendo posteriormente reconocidos por la víctima y detenidos por Carabineros.”

HECHO N° 01: El día 08 de junio del año 2005, a las 18:30 horas aproximadamente, los imputados ingresaron a la Boutique "ICHAS", ubicada en calle Bulnes N° 411 de Salamanca, de propiedad de doña Matilde Bugueño Cuevas, la cual se encontraba atendiendo a otro cliente, oportunidad que aprovecharon para sustraer Olivares Henríquez, un par de zapatillas, marca Adidas de color azul que se encontraban en) a vitrina evaluadas en la suma de \$49.000.-, y al verse sorprendidos huyeron en dirección desconocida, siendo reconocidos por la víctima en la Subcomisaría de Carabineros de Salamanca.

A juicio del Ministerio Público, los hechos relatados constituyen el delito de Robo con intimidación, previsto y sancionado en el art. 436 en relación al art. 432 del Código Penal, en grado de consumado, cabiéndole al acusado Ruz Sánchez, participación criminal en calidad de autor.

Agrega el acusador que favorecen al encartado las circunstancias atenuantes del art. 11 N° 6 y N° 9 del Código Penal, y le perjudica la agravante contenida en el ordinal 3° del art. 456 bis del mismo texto.

Por tales consideraciones, requiere se imponga al imputado la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, inhabilitación absoluta para el ejercicio de profesiones titulares durante el tiempo de la condena, y las costas de la causa.

5.5. Que en lo que atañe a la agravante especial del art. 456 bis N° 3 del Estatuto Criminal, esto es, ser dos o más los malhechores, ésta no será acogida, **pues aun**

cuando los antecedentes investigativos dan cuenta de la participación material de terceros en los hechos, de quiénes serían éstos, si actuaron concertada y mancomunadamente con el encartado, y especialmente, cómo su intervención incrementó la peligrosidad que implica la actuación delictual de más de una persona, y colocó en situación de inferioridad a la víctima –fundamentos de la agravante en examen según ha resuelto nuestro Máximo Tribunal-, nada se dice concretamente en la acusación, refiriéndose en forma general a otro sujeto y dos mujeres, sin precisar si es el otro sujeto o el acusado quien intimida al acometido, ni especificar de qué manera es relevante para este análisis la presencia de las mujeres a que hace mención, quienes, según la acusación, únicamente intervienen de forma significativa, con posterioridad al despojo del vehículo cometido por el acusado y el tercero, abordando el móvil y huyendo junto a éstos.

Respalda nuestra tesis, esto es, que no siempre la intervención material de dos o más personas en el momento o en el lugar del hecho dará lugar a esta agravante, casos como aquél en que los hechos concertados para la ejecución del delito lo presencian sin tomar parte inmediata en él, y que nuestro Código considera autores, circunstancia ésta que impide aplicarles la agravante de ser dos o más los malhechores, pues hacerlo significaría violar el principio non bis in idem. Igualmente, no puede soslayarse los casos no inusuales, en que la propia pluralidad pueda ser el único elemento intimidatorio de que se valen los agentes para conseguir la entrega o manifestación de la especie, considerado así tanto por éstos como por la víctima (art. 439 Cód. Penal “se estimarán por violencia o intimidación en las personas (...) cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega”), evento en el que claro está, no puede dicha circunstancia luego ser motivo de agravación, conforme al art. 63 inciso 2° del Cód. Penal, y que comprueba que el establecimiento de la agravante va más allá de una simple constatación mecánica, aritmética, formal y externa de la pluralidad.

No puede escapar al intérprete que la altísima pena reservada para el delito de Robo con intimidación, se justifica sólo en cuanto el accionar del agente ponga en peligro, amén de la propiedad, bienes jurídicos tan preciados, como la vida e integridad física del ofendido, de manera tal, que agravar esta sanción, fundándose para ello en la peligrosidad que ya es connatural a este tipo de delito, exige un aumento sustantivo y notorio de ella que permita discernir la forma en que la contribución de los terceros ha aumentado el riesgo que ya implicaba la actuación singular del acusado.

De todo lo anterior se colige, que no basta reprochar al reo actuar junto a uno o más secuaces, si no se indica de qué modo es relevante para los efectos ya expuestos la intervención de éstos, cuestión que en la especie, no se desprende de la acusación, y que tampoco explicó el representante del Ministerio Público en la audiencia.

No es óbice para nuestras conclusiones, la opinión contraria que al respecto produjera la multiplicidad de actores en la subjetividad del ofendido, es decir, la impresión de ver debilitadas sus chances de defensa por la presencia de terceros distintos al acusado y aumentada por otro lado la impunidad del agresor, pues la modificatoria en estudio tiene sustento en circunstancias objetivas, precisamente por el aumento del injusto o disvalor del ilícito, único motivo que, insistimos, justificaría una agravación de las altísimas y desproporcionadas penas establecidas para este tipo de delitos.

Ahora bien, por tratarse de una circunstancia agravante cuyos presupuestos fácticos se confunden con los que constituyen la médula de la acusación –así como la

premeditación, la alevosía, el ensañamiento, o ejecutarlo de noche o en despoblado, y todas aquéllas que constituyen modalidades o circunstancias accesorias que se configuran coetáneamente con el hecho principal atribuido, y con el cual no es posible parcelar-, aquéllos debieron formar parte de la relación de hecho de ésta. Lo contrario –y como ocurre en el caso que nos ocupa-, impide al momento de fallar, agregar dichos presupuestos al suceso imputado, porque hacerlo, conllevaría infringir abiertamente la congruencia y correspondencia que debe existir entre la acusación y la sentencia.

A mayor abundamiento, una fracción no menor de nuestros Tribunales superiores, estima que para conformar la agravante en examen, se requiere necesariamente que en la sentencia se haya establecido la responsabilidad penal de los terceros cuya participación agravaría la del acusado, lo que tampoco ha ocurrido en este juicio. Así encontramos por ejemplo, la decisión adoptada por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 17 de enero del año en curso, donde señaló que “habiéndose condenado al imputado (...) sin que la actividad sancionatoria se hubiere extendido respecto de otros partícipes, no resulta posible agravar la conducta del imputado con la circunstancia prevista en el artículo 456 bis N° 3° del Código Penal, que exige la intervención de más de un malhechor en la comisión de un ilícito, característica que sólo se asume al dictar la sentencia definitiva en la que se fija legalmente la participación atribuida”. En el mismo sentido, la ltma. Corte de Valparaíso, con fecha 6 de febrero último, resolvió que “no procede considerar la circunstancia agravante de responsabilidad que contempla el art. 456 bis n° 3 del Cód. Penal porque para que ello ocurra se requiere que en la causa se determine la responsabilidad penal de más de una persona”.

Ahora, la tendencia jurisprudencial señalada, en opinión de este Tribunal, no puede llevarnos a exigir el juzgamiento conjunto de todos los autores en un mismo procedimiento, como *condictio sine qua non* de la agravante, pues nuestro Cód. Procesal Penal faculta al Ministerio Público para separar investigaciones (art. 185) y al Juez de Garantía para dictar diversos autos de apertura para distintos acusados (art. 274 inciso 2°), y por último, la praxis impide hacer tal exigencia, en el caso, por ejemplo, del coimputado que fallece antes del juicio o del rebelde. Tampoco puede exigirse que se haya dictado sentencia condenatoria respecto de todos los actores con cuya intervención se conforma la pluralidad, pues ello implicaría en el caso del coimputado que comparece primero al juicio, no ver agravada su responsabilidad, pero sí el rebelde que asiste con posterioridad, cuando ya se ha condenado a su compinche. Tal corolario repugna a las más básicas consideraciones de lógica, trato igualitario y justicia.

Recapitulando, para dar vida en el proceso a la agravante de ser dos o más los malhechores, se requiere que la acusación, cuando se dirija sólo contra uno de los responsables, incluya en el relato fáctico, y como una “modalidad del hecho atribuido al acusado y no a los terceros” –lo que permite sortear las denuncias de infracción a la presunción de inocencia que beneficia a estos terceros-, la forma en que la presencia, colaboración, o participación material de éstos, se cuente o no con la identidad de los mismos, contribuyó a los fines que busca sancionar la agravante tantas veces citada.

En fin, cabe mencionar, que sólo ante la consulta de este Tribunal, el representante del Estado en la persecución manifestó que, con anterioridad se procedió a la separación de investigaciones, y luego el Tribunal de juicio oral en lo penal de esta ciudad dictó sentencia condenatoria respecto del resto de los imputados, pero sin dar ningún detalle ni pormenor del juicio ni de los sentenciados, y sobretodo, del hecho por el cual fueron sancionados.

Atento a estas consideraciones, normas citadas, y a lo dispuesto en los arts. 1, 11 N° 6 y 9, 14, 15, 22, 26, 30, 50, 68, 69, 72, 432, y 436 del Cód. Penal; 4, 47, 295, 297, 340, 342, 348, y 406 y ss. del Cód. Procesal Penal; y, 3 y ss. de la ley 18.216, se declara que:

Se **condena** a **JIMMY ANTHONY RUZ SÁNCHEZ**, ya individualizado, a la pena de **TRES AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO**, y a la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, si alguno desempeñare, por su responsabilidad como autor del delito de Robo con intimidación descrito y sancionado en los arts. 432 y 436 inc. 1° del Cód. Penal, perpetrado el 7 de agosto de 2005, en la comuna de Colina y en perjuicio de José Silva Vilches.

Se concede al imputado el beneficio de la remisión condicional de la pena, debiendo someterse al control y vigilancia de Gendarmería de Chile por el tiempo de la condena, y satisfacer además las condiciones de las letras a) a c) del art. 5° de la ley 18.216.

El sentenciado deberá presentarse dentro de 5° día de ejecutoriado el fallo en la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería correspondiente su domicilio a iniciar la ejecución del beneficio.

Si este privilegio le fuere revocado, deberá cumplir efectivamente la pena impuesta, desde que se presente o sea habido, debiendo abonársele al sentenciado 10 días que permaneció privado de libertad con motivo de esta causa, computados según dispone el art. 348 inciso 2° del Cód. Procesal Penal.

Se exime del pago de las costas del procedimiento al condenado, por haber aceptado los hechos que se le atribuyeron, renunciando a la realización de un juicio oral y evitando con ello los gastos económicos que implica para el Estado.

Juzgado de Garantía de Copiapó. 29 de marzo de 2006, Rit 4860-2005.

Considerandos relevantes:

Copiapó, veintinueve de marzo de dos mil seis.

Vistos y Considerando:

Primero: Que el ministerio público dedujo en la presente audiencia acusación verbal en contra de ÁNGEL ESTEBAN GÓMEZ COLLAO, sin oficio, cédula de identidad N°16.833.163-0, con domiciliado en Río Manflas N° 2103, población Valle Los Ríos, Copiapó, en calidad de autor del delito de robo con intimidación contemplado en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, se invocaron las circunstancias modificatorias contempladas en los artículos 11 N 6 , 12 N° 20, 72 inciso 1° y 456 bis N° 3 y se solicitó la imposición de una pena de cuatro años y un día de presidio menor en su grado medio y las penas accesorias del artículo 29 del citado cuerpo legal. De acuerdo con los hechos materia de la acusación el día 3 de noviembre de 2005, aproximadamente a las 19:00 horas, el acusado ÁNGEL ESTEBAN GÓMEZ COLLAO, llegó hasta el establecimiento de

comercio, ubicado en calle Colipí N°261 del giro ventas de celulares y tarjetas de prepago para celulares de la empresa "Movistar", cuyo dependiente era don Rubén Daniel Briceño Díaz. A ese establecimiento llegó acompañado de otro sujeto, quien al ingresar al local comercial extrajo de sus vestimentas un arma blanca tipo sable, con el que procedió a intimidar al dependiente, a la vez que Ángel Gómez Collao, saltaba la vitrina existente en el lugar hasta el sector donde se encontraba la caja donde se guardaba el dinero y los celulares, procedió incluso a quebrar la vitrina del establecimiento de comercio, intentando apropiarse de celulares cuestión que no alcanzó hacer, no obstante se apropió de la única cantidad de dinero que había en ese momento en la caja que eran \$4.000, mientras tanto que su coautor reducía al dependiente Rubén Briceño Díaz arrojándolo al suelo e intimidándolo con el arma blanca. En ese momento se percató de la situación un cuidador de autos que trabaja frente al establecimiento de comercio, quien auxilió a la víctima del asalto, ocasionando que el acusado y su acompañante huyeran del lugar, a la vez, el mismo cuidador de autos alertó a carabineros que pasaban por el lugar. En definitiva el coautor del acusado logró huir con dirección al sector del río Copiapó, mientras que Ángel Esteban Gómez Collao fue retenido en el lugar por otro testigo de los hechos, quien acorralo al imputado en el muro contiguo al establecimiento de comercio mientras llegaba Carabineros, quienes posteriormente detuvieron al acusado, recuperando desde su mano la suma de \$4.000 que había previamente sustraído del establecimiento de comercio.

Sexto: Que sobre las circunstancias modificatorias invocadas por los intervinientes, por una parte, se configura la circunstancia atenuante prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal en favor del acusado con el mérito del extracto de filiación y antecedentes agregado a la carpeta de investigación exento de anotaciones prontuariales, asimismo, le favorece la circunstancia especial contemplada en el artículo 72 inciso 1° del Código Penal, por tratarse de un menor de edad declarado por sentencia ejecutoriada con discernimiento en los hechos materia de la investigación, circunstancia que se configura con la copia de la sentencia ejecutoriada que se tiene a la vista de este Juzgado de Garantía. Respecto de las circunstancias agravantes invocadas por la fiscalía del artículo 12 N° 20 del Código Penal, el tribunal la desestima, toda vez que, precisamente la utilización del arma blanca fue el elemento que en concepto del tribunal sirve para calificar los hechos como constitutivos del delito de robo con intimidación, por lo que no se considerará para agravar la responsabilidad penal del imputado, atendido lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal. Y sobre la circunstancia agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, de ser dos o más los malhechores, **si bien es efectivo que en el considerando pertinente se determinó la participación de un segundo individuo en la comisión del delito, ello no basta para que se configure la agravante precitada, por cuanto se requiere que la sentencia establezca determinadamente la participación en calidad de autores de dos o más sujetos y dado que en este caso dicha declaración únicamente es posible atribuirla al acusado no resulta pertinente dar por establecido o configurada la referida circunstancia agravante de responsabilidad penal.**

Por estas consideraciones y conforme a las disposiciones legales ya citados SE DECLARA:

I.- Que se CONDENA a ANGEL ESTEBAN GOMEZ COLLAO, antes individualizado, a la pena de TRES AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÁXIMO, y a las penas accesorias de inhabilitación absoluta para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargo u oficio público durante el tiempo de la

condena, como autor del delito de robo con intimidación, cometido en Copiapó el 3 de noviembre de 2005.

II.- Que se concede al sentenciado a la medida alternativa de la LIBERTAD VIGILADA que consiste en un régimen de libertad a prueba que propenderá a su tratamiento intensivo e individualizado bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado por el término de TRES AÑOS Y UN DIA, debiendo cumplir las condiciones contempladas en el artículo 17 de la ley 18.216 en lo que fuere pertinente con lo decidido en esta sentencia.

III.- Si dicho beneficio le fuere revocado al sentenciado y debiere cumplir efectivamente la pena privativa de libertad impuesta le servirá de ABONO el lapso de 147 DIAS correspondiente al periodo comprendido entre el 3 de noviembre de 2005 y el 29 de marzo de 2006, durante el cual estuvo detenido y en prisión preventiva con motivo de la presente causa.

IV.- Que atendidas las menores facultades económicas del sentenciado, se le exime del pago de las costas de la causa.

3.2.2.3. La agravante no concurre, pues no hubo mayor indefensión para la víctima

Juzgado de Garantía de San Bernardo. 11 de Septiembre de 2006, Rit 1901-06.

Considerandos relevantes:

San Bernardo, once de septiembre de dos mil seis.

VISTOS:

PRIMERO: Que el Ministerio Público ha presentado acusación en contra de ROBERT ANTHONY GALAZ MORALES, C.I. N° 15.919.838-3, nacido el 22 de marzo de 1985, soltero, comerciante, domiciliado en Calle Francisco De Villagra N° 694 comuna de San Bernardo; atribuyéndole participación en el delito frustrado de Robo en lugar no habitado, tipificado y sancionado en el artículo 442 del Código Penal, en calidad de autor. Funda su presentación de acuerdo a lo siguiente: "Con fecha 30 de julio de 2005, aproximadamente a las 04:20 horas de la madrugada, el acusado, ROBERT ANTHONY GALAZ MORALES, junto a Ignacio Benito Castro Fuentes, ingresaron al kiosco N°5 de venta de flores y coronas, situado en calle 12 de Febrero de la comuna de San Bernardo, a un costado del Cementerio Parroquial de esta ciudad, descerrajando para ello la puerta de ingreso al referido kiosco, mediante el empleo de una sierra con la que cortaron la cadena que obstruía dicho acceso, siendo sorprendidos por Carabineros al interior del local en momentos en que sustraían diversas especies pertenecientes a la dueña del mismo, Sra. Inés Maldonado Espinace, consistentes en: 14 rollos de cintas de diferentes colores, 2 tijeras podadoras, una corchetera, 1 tijera de tela, 1 huincha media, 3 alargadores y 1 corta scotch, especies que el acusado en cuestión, junto a Castro

Fuentes, mantenían guardadas en bolsas plásticas y que fueron valuadas en la suma de \$55.000. Al ser detenido el acusado, ROBERT GALAZ MORALES, mantenía entre sus vestimentas un cuchillo con empuñadura negra.

La pena que solicita el Ministerio Público es de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, más comiso del arma incautada.

En torno a las agravantes alegada por el Ministerio Público, el Tribunal en la cuestión seguirá la jurisprudencia plasmada, entre otros fallos, por el Tribunal Oral en Lo Penal de la ciudad de Iquique, en la causa RIT 11-2003, considerando que no perjudica al encartado la agravante del numeral 3° del artículo 450 bis del texto ya citado, pues **si bien en el hecho participaron dos personas, dicha circunstancia no disminuye las posibilidades de Defensa de la víctima, en efecto, se estima como fundamento de dicha agravante, que al participar en un delito dos ó más malhechores, entendido como las personas que cometen un delito, se priva o restringa a los afectados de la posibilidad de repeler con éxito la agresión. En el presente caso ni siquiera hay víctima presentes en la comisión del ilícito en cuestión**, por cuanto nos encontramos en la hipótesis de una figura de robo en lugar no habitado. Además, si se compara la interpretación que ahora se hace del artículo 456 bis N° 3 con los demás numerales de esa norma, este sentenciador puede advertir que las cinco hipótesis están más bien destinadas a agravar la responsabilidad cuando se enfrenta la posibilidad de la mayor afectación de la integridad física de las personas. Y, en ese sentido, se comparte la apreciación que hace la Defensa respecto de la conducta desplegada por el señor Galaz Morales al momento de la ejecución del ilícito.

Y visto, además, lo dispuesto por los artículos 1, 5, 7, 11 N° 6 y 9, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 30, 31, 51, 132, 432, 440, 442 del Código Penal, artículo 406 y siguientes del Código Procesal Penal, artículo 1 y 4 de la ley 18.216, artículo 35 y 37 de la ley de la Defensoría Penal Pública, artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales, se declara que:

I.- Se CONDENA a ROBERT ANTHONY GALAZ MORALES, ya individualizado, como autor del delito frustrado de Robo en lugar no habitado, a la pena de SESENTA DIAS DE PRISION EN SU GRADO MAXIMO, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al comiso de la especie incautada, consistente en un cuchillo con empuñadura color negro;

II.- Que se concede al sentenciado el beneficio de la remisión condicional de la pena por el lapso de un año, debiendo quedar sujeto el señor Galaz Morales a la vigilancia discreta de Gendarmería de Chile, después que este termine el cumplimiento de cualquier régimen cautelar que actualmente este satisfaciendo o la imposición de cualquier pena privativa de libertad, sin beneficio de la ley 18.216, que se le pudiere imponer en el antecedente RIT 4075-2006, para lo cual, el sentenciado deberá ser notificado al momento del egreso de la medida cautelar en cuestión o de la pena en definitiva que se establezca en ese antecedente antes individualizado, que deberá presentarse dentro de los quince días siguientes al Centro de Reinserción Social Santiago Sur, ubicado en Jorge Cáceres N° 11 paradero 17 ½ de Gran Avenida;

III.- Por haber admitido responsabilidad en los hechos materia de la acusación, se libera de la condena en costas al sentenciado.

Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta. 29 de octubre de 2004, Rit 124-04.

Considerandos relevantes:

VOTO DISIDENTE.

Se previene que el juez don José Delgado Ahumada **estuvo por no considerar la agravante especial de la pluralidad de malhechores, en atención a que ésta tiene su fundamento y razón de ser en la desprotección, inferioridad y mayor peligrosidad que representa para la víctima el actuar de dos o más ejecutores de la acción, es decir, no sólo tiene un componente objetivo consistente en la participación de dos o más sujetos activos en el ilícito, sino que además, requiere un elemento adicional referido a la efectiva desigualdad de armas, que en el caso concreto, sitúa al ofendido en una desmejorada posición para poder repeler la acción ilegítima de sus agresores.**

En la especie, quedó acreditado que los autores del ataque fueron dos sujetos jóvenes, uno más alto y otro más bajo, y que, por otro lado, los asaltados eran otros dos jóvenes de similares edades; que el principal afectado por el delito, Juan González Jofré, presentaba una presencia física maciza y su estatura estaba por sobre la media; y que éste, en un principio trabó una conversación con los sujetos, quienes lo insultaron con epítetos de grueso calibre, por lo cual, incluso pensó en enfrentarlos, no obstante, desistió de dicha intención cuando se percató que uno de ellos portaba una pistola. Es decir, fue este último hecho, el que lo intimidó y provocó que entregara las especies, mas no la presencia de ambos, por lo que la circunstancia de la pluralidad de malhechores fue irrelevante tanto para el resultado como para el efectivo temor y peligro experimentado por el ofendido. En otras palabras, en este caso, la desprotección, inferioridad o peligrosidad para las víctimas, en ninguna medida la representó la cantidad de agresores, desde el momento que el ofendido, razonablemente, ya que estaban en igualdad numérica y de fuerzas, pretendía defenderse, sino que sólo se vio acotada a la posibilidad de que el sujeto que portaba la supuesta arma de fuego, que posteriormente resultó ser una pistola de juguete, la disparara.

Por lo antes expuesto, no concurriendo circunstancias modificatorias de responsabilidad penal a su respecto, y especialmente considerando la extensión del mal causado por el delito, toda vez que las especies fueron recuperadas y no se provocó daño material ni afectación a bienes superiores como la vida o la integridad física, sostuvo que la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales y costas, resultaba más condigna y proporcional para Cristian Saavedra Olivares.
Regístrese.

04. Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt. 15 de noviembre de 2004, Rit 19-

Considerandos relevantes:

VOTO DISIDENTE.

De igual forma el Juez Rojas, concurrió a la decisión condenatoria respecto del delito de Hurto, pero previniendo que es de parecer de rechazar la circunstancia agravante especial contemplada en el N°3 del artículo 456 bis del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores, por estimar que **no es la cantidad de participantes, lo que determina el sentido de la agravante, ya que no se trata de una cuestión numérica, sino que valórica**, y su alcance se debe buscar, considerando en que hipótesis de acción, la intervención de dos o más personas, en un delito como el del caso sublite, importan una agravación de su responsabilidad penal, sin perjuicio de agregar al mismo análisis la calidad en que intervienen.

Que una interpretación sistemática del Código Penal, permite sostener que la ratio legis de la agravación, no se encuentra en la circunstancia de actuar el autor conjuntamente con otras personas en la ejecución del delito. Las situaciones excepcionales no hacen sino confirmar esta regla, por cuanto en todas ellas, la razón de agravación se relaciona con circunstancias diferentes a la de la mera pluralidad de sujetos, (Mera Figueroa, Hurto y Robo Estudio Dogmático y Política Criminal Cuaderno de Análisis Jurídico Escuela de Derecho Universidad Diego Portales Pag 160), pudiéndose citar a modo de ejemplo, las excepciones contenidas en los artículos 72 del Código Penal, que plantea una hipótesis de prevalimiento; la del artículo 12 N°11, hipótesis que agrava el injusto en razón de ejecutar el ilícito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad, etc.

De igual manera, se debe reconocer que por su naturaleza, la norma ha de ser interpretada restrictivamente, añadiendo a dicha consideración el carácter selectivo de la misma, ya que la pluralidad de agentes, solo constituye agravante a priori, en los casos de robos y hurtos, y no en otros ilícitos que lesionan bienes jurídicos, a lo menos, generalmente aceptados, como más relevantes. (Violación, Homicidio).-

Que en contra de la interpretación aritmética o numérica que viene pretendiendo la fiscalía, se deben consignar el antecedente histórico que plantea el profesor Mera Figueroa (op. cit, pag. 161) cuando sostiene, que en la sesión 38 ordinaria de fecha 11 de agosto de 1953, se indicó:“En el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia respecto de la ley 11.625, en relación con este punto, se dice que se ha eliminado del anterior art. 433 (robo calificado) la circunstancia de realizarse el delito en despoblado y en cuadrilla, si con motivo u ocasión del robo, se causare alguna de las lesiones penadas en el N°1 del art. 397 o el reo fuere retenido bajo rescate o por mas de un día; y que la razón de la eliminación ha sido precisamente este art. 456 bis que el proyecto propone crear, en virtud el cual se considera a éstas circunstancias (cometerse el delito en despoblado y en cuadrilla) como agravantes de los delitos de Hurto y robo”

Que así queda claro que **la sola condición numérica de los agentes, no se condice con el antecedente expreso de la disposición, esto es, la idea de cuadrilla**, y más aún de la que ésta actúe en despoblado, que cause lesiones o retenga a la víctima. Por lo demás, la redacción del primitivo artículo 433 consignaba literalmente “hai cuadrilla cuando concurren a un robo mas de tres malhechores” (Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, Edición Crítica, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, pag. 183, Edeval- 1974) , apreciación numerológica que ya mantenía la Comisión Redactora, en su sesión 92 de 07 de Junio de 1872, al regular el artículo 420 que posteriormente pasaría a constituir el 433 ya referido. (Op. Cit. pag. 419 y 420).

Que a las argumentaciones anteriores puede agregarse un fundamento de lógica, para no tolerar la agravación en la forma que viene sosteniendo la fiscalía; en cuanto a que si solo bastara la condición numérica, ello llevaría al absurdo de considerarla incluso en aquellos casos en que el número de imputados fuera menor al número de víctimas, y no existiera otras circunstancias que importaran una superioridad sobre las mismas. (Mera Figueroa op. cit. pag. 165).

Que habiéndose establecido de acuerdo a las interpretaciones sistemáticas, lógicas, históricas y axiológicas que preceden, que el fundamento de la agravante no descansa en el número de personas que intervienen en el hecho criminal, se debe determinar entonces, **cual es el verdadero fundamento de la agravante.**

En esta perspectiva, el profesor Alfredo Etcheberry, indica **tres razones** en que podría encontrarse el disvalor que toleraría la agravación punitiva; “el debilitamiento de la defensa privada; el mayor peligro que corren las víctimas, y la mayor seguridad con que actúan los delincuentes”. (Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal” parte Especial Tomo III, Pag. 365, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición-2001).

A las razones que propone Etcheberry, se debe agregar la consideración, que por tratarse de una agravante especial, pero común para robos y hurtos, el fundamento de la misma debe satisfacer un plus solo en relación a la afectación de la propiedad.

Que, aún cuando estos, según el parecer de este juez, debieran ser los presupuestos que debieran determinar la agravación de la penalidad de base, en el último tiempo se ha venido imponiendo el criterio sustentado por el profesor Cury, que ilustrativamente recoge el fallo de fecha 25 de febrero de este año, en el que sostiene, apartándose del criterio aritmético, y de la discusión sobre el concepto de malhechores, que “el fundamento de la agravante **radica en la mayor indefensión** que genera para la víctima el hecho de quienes lo atacan sean varias personas, **lo cual disminuye su capacidad de oponerse al despojo...**” Esta reflexión valorativa, lleva indefectiblemente a concluir, que **esta agravante tiene como presupuesto absolutamente necesario, la posibilidad cierta o eventual de una reacción de defensa del sujeto pasivo.** Lo que limitaría su aplicación a los ilícitos en que esa eventualidad se produzca o sea cierta, excluyendo su aplicación a los ilícitos en que el despojo se produce por la desprevisión del afectado o por que lisa y llanamente este, por no asistencia, jamás pudo tener una posibilidad cierta o eventual de reaccionar frente al acometimiento. Como quiera que sea, siguiendo la tesis de Mera y Etcheberry o la del profesor Cury que se explicita, **en el caso concreto, no se ve en que forma la cantidad de partícipes ha importado un plus de disvalor a sus conductas que permita tolerar la agravación que se viene pretendiendo, por lo que en lo pertinente no será considerada al momento de establecer la sanción penal definitiva.**

Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. 30 de octubre de 2006, Rit 182-2005.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Los hechos materia de la acusación, según se lee en el auto de apertura del juicio oral son los siguientes: “ el día 21 de Julio del año 2006, a las 06:10 horas aproximadamente, en calle Julio César, comuna de la Florida, el imputado en

compañía de otro individuo, abordaron por la espalda a la víctima don José Santos Viveros López, quién transitaba por dicha arteria en dirección a calle General Arriagada, procediendo el imputado Catalán Bosques, a intimidarlo con un arma blanca, un cuchillo, el que le puso al costado izquierdo a la altura de las costillas, para inmediatamente arrebatarse el maletín que llevaba consigo, todo ello mientras el otro sujeto revisaba los bolsillos y el cuello de la víctima en busca de otras especies. La víctima tomó la mano en que el imputado tenía el cuchillo, logrando detenerlo. Entretanto, el otro sujeto, se dio a la fuga al percatarse de la presencia de los guardias de seguridad del consultorio Los Quillayes quienes observaban los hechos. Posteriormente, la víctima hizo entrega del imputado Catalán Bosques en el Consultorio Los Quillayes a funcionarios de Carabineros de Chile”.

La Fiscalía estima que los hechos antes señalados son constitutivos del delito de Robo con intimidación, tipificado y sancionado en los artículos 436 inciso primero del Código Penal, en grado de frustrado, atribuyendo al acusado la calidad de autor en los mismos, en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal.

El Ministerio Público estima que, en este caso, concurre a favor del acusado la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior, y lo perjudica la agravante del artículo 456 bis N° 3 del mismo cuerpo legal.

El Fiscal solicita se le aplique la pena corporal de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias de inhabilitación absoluta para cargos y oficio públicos durante el tiempo de la condena, las costas de la causa y el comiso del cuchillo incautado.

DECIMOSÉPTIMO: Que en cuanto a la agravante de pluralidad de malhechores solicitada por el Ministerio Público, esta se rechazará, tal como se indicó en el veredicto condenatorio al ser concomitante al hecho, y se desestimará por estimarse que **la presencia de un tercer sujeto en la comisión del hecho, si bien existió, su actividad no fue de la magnitud o entidad suficiente para que con ella se haya debilitado la defensa privada de la víctima, ya sea por el escaso tiempo en que tomó parte del hecho, ya sea por la circunstancia de que el ofendido, quién por sus características personales- esto es , haber sido instructor militar y con preparación en defensa personal- por si mismo logró reducir a su agresor y entregarlo a la policía.** Que la actividad de dicho tercero se habría restringido a registrar los bolsillos de la víctima y luego huido del lugar sin apoderarse de nada, siendo tan fugaz su participación que ni siquiera el ofendido y los testigos presenciales pudieron percatarse cabalmente de sus características físicas, existiendo contradicciones respecto a ello, unos dicen de pelo largo hasta los hombros, otros no advierten tal característica o no recuerdan como era. Que a mayor abundamiento, para establecer con certeza la concurrencia de esta agravante en comento, es necesario saber también el grado de participación que en los hechos tuvo dicho sujeto, cuestión que no es posible establecer, por no haber concurrido la Fiscalía con su acusación a determinarla y tampoco existir al menos formalización a su respecto.

Por estas consideraciones y lo dispuesto además en los artículos 1, 11 N° 6 y 9, 15 N° 1, 18, 21, 24, 25, 29, 50, 68, 432, 436 inciso primero , 439 y 450 del Código Penal; artículos 1, 45, 46, 47, 295, 296, 297, 332, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 348 del Código Procesal Penal y artículo 15 y siguientes de la Ley 18.216, se declara:

I.- Que se condena acusado Arturo Hernán Catalán Bosques, ya individualizado, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, como autor del delito de Robo con Intimidación en grado consumado en perjuicio de José Viveros López, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero del Código Penal, hecho ocurrido en esta ciudad de Santiago en la comuna de La Florida el día 21 de Julio de 2006;

II.- Que se impone además al acusado la pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena.

III.- Reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 15 de la Ley N° 18.216 se concede al acusado Arturo Hernán Catalán Bosques el beneficio de la Libertad Vigilada, debiendo permanecer bajo tratamiento y observación de la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería, a la que se presentará dentro del quinto día desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, por el lapso de Cuatro años, debiendo además cumplir con las exigencias establecidas en la ley.

Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt. 01 de septiembre de 2004, Rit 07-04.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Acusación. El día 10 de febrero de 2004, aproximadamente a las 23:00 horas los imputados Francisco Javier Aguilar Lara y Eliseo Antonio Moya Ceballos, abordaron el taxi colectivo patente LN-8071 conducido por Patricio Alejandro Garay Aros, en calle Arturo Prat con Goycolea de Ancud, solicitando los trasladará hasta el sector el cruce de San Juan, sector rural de la comuna de Ancud. Iniciado el viaje y a la altura de la empresa "Cultivos Marinos", ubicada en ruta 5 sur kilómetro 1.105, abordó el taxi un nuevo pasajero de nombre José Hernán Ruíz Cárdenas, quien se sentó en el asiento delantero. Una vez en el cruce San Juan, uno de los imputados, el que se sentó en el asiento de atrás del chofer, sacó un arma de fuego y con ella procedió a intimidar al chofer y al pasajero, mientras el otro imputado sacó a viva fuerza al chofer y tomó el volante del vehículo, obligando al primero, además, a entregar su billetera y el dinero que portaba. Una vez que el chofer del taxi y el pasajero fueron obligados a descender, los imputados, en posesión de la billetera y el dinero señalados, emprendieron la fuga en el automóvil en dirección norte.

El Ministerio Público sostiene que los hechos previamente reseñados configuran el delito de robo con intimidación, previsto y sancionado en el artículo 436 del Código Penal, en grado de consumado, y que en ellos ha cabido a los acusados participación en calidad de autores. Estima que concurre la circunstancia atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior sólo a favor del imputado Eliseo Antonio Moya Ceballos, y que a ambos acusados les perjudica la agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del mismo cuerpo legal, esto es, ser dos o más los malhechores. En consecuencia, el Ministerio Público solicita se imponga al acusado **ELISEO ANTONIO MOYA CEBALLOS**, la pena de **CINCO AÑOS Y UN DÍA** de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales, y las costas de la causa, y a **FRANCISCO JAVIER AGUILAR LARA**,

la pena de **DIEZ AÑOS Y UN DÍA** de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales y las costas de la causa.

NOVENO: Agravante. Que por mayoría de sus miembros el tribunal rechaza la circunstancia agravante especial contemplada en el N° 3 del artículo 456 bis del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores, en atención a que estos sentenciadores estiman que no es la cantidad de los participantes, lo que determina el sentido de la agravante, pues no se trata de una cuestión numérica sino que valórica y su alcance se debe buscar considerando en que hipótesis de acción la intervención de dos o más personas, en un delito como el del caso sublite, importan una agravación de su responsabilidad penal, sin perjuicio de agregar al mismo análisis la calidad en que intervienen y el significado que se da a la expresión malhechores.

Que una interpretación sistemática de nuestro Código Penal, nos permite sostener que la ratio legis de la agravación, no se encuentra en la circunstancia de actuar el autor conjuntamente con otras personas en la ejecución del delito. Las situaciones excepcionales no hacen sino confirmar esta regla, por cuanto en todas ellas, la razón de agravación se relaciona con circunstancias diferentes a la de la mera pluralidad de sujetos. (Mera Figueroa, Hurto y Robo Estudio Dogmático y Política Criminal Cuaderno de Análisis Jurídico Escuela de Derecho Universidad Diego Portales Pag 160). Que se pueden citar a modo de ejemplo las excepciones contenidas en los artículos 72 del Código Penal, que plantea una hipótesis de prevalimiento; la del artículo 12 N°11, hipótesis que agrava el injusto en razón de ejecutar el ilícito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad, etc.

Las argumentaciones relacionadas, y recogidas por Mera Figueroa en la obra citada, no hacen sino demostrar la irrelevancia de la pluralidad de partícipes, imponiendo que la aplicación de la agravante debe fundarse, en algún plus, que exceda la sola circunstancia del número, debiendo acreditarse que en el caso concreto, la multiplicidad de los autores represente un disvalor que exceda el mero hecho de la apropiación.

De igual forma, se debe reconocer que por su naturaleza, la norma debe ser interpretada restrictivamente, añadiendo a dicha consideración el carácter selectivo de la misma, ya que la pluralidad de agentes, solo constituye agravante a priori, en los casos de robos y hurtos, y no en otros ilícitos que lesionan bienes jurídicos a lo menos, generalmente aceptados, como más relevantes. (Violación, Homicidio).-

Que en contra de la interpretación aritmética o numérica que viene pretendiendo la fiscalía se deben consignar el antecedente histórico que plantea el profesor Mera Figueroa (op. cit, pag. 161) cuando sostiene, que en la sesión 38 ordinaria de fecha 11 de agosto de 1953, se indicó: "En el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia respecto de la ley 11.625, en relación con este punto, se dice que se ha eliminado del anterior art. 433 (robo calificado) la circunstancia de realizarse el delito en despoblado y en cuadrilla, si con motivo u ocasión del robo, se causare alguna de las lesiones penadas en el N°1 del art. 397 o el reo fuere retenido bajo rescate o por mas de un día; y que la razón de la eliminación ha sido precisamente este art. 456 bis que el proyecto propone crear, en virtud el cual se considera a éstas circunstancias (cometerse el delito en despoblado y en cuadrilla) como agravantes de los delitos de Hurto y robo"

Que así queda claro que la sola condición numérica de los agentes, no se condice con el antecedente expreso de la disposición, esto es, la idea de cuadrilla, y más aún de la que actúe en despoblado, que cause lesiones o retenga a la víctima, por lo demás, la

redacción del primitivo artículo 433 consignaba literalmente “hai cuadrilla cuando concurren a un robo mas de tres malhechores” (Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, Edición Crítica, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, pag. 183, Edeval- 1974) , apreciación numerológica que ya mantenía la Comisión Redactora, en su sesión 92 de 07 de Junio de 1872, al regular el artículo 420 que posteriormente pasaría a constituir el 433 ya referido. (Op. Cit. pag. 419 y 420).-

Que a las argumentaciones anteriores puede agregarse un fundamento de lógica, para no tolerar la agravación en la forma que viene sosteniendo la fiscalía, en cuanto a que solo basta la condición numérica, y este es, que de ser así, ella debería concurrir incluso en aquellos casos en que el número de imputados es menor al número de víctimas, no dándose otras circunstancias que importen una superioridad sobre las mismas. (Mera Figueroa op. cit. pag. 165).-

Que habiéndose establecido de acuerdo a las interpretaciones sistemáticas, lógicas, históricas y axiológicas que preceden, que el fundamento de la agravante, no descansa en el número de personas que intervienen en el hecho criminal, se debe determinar entonces, **cual es el verdadero fundamento de la agravante**, en esta perspectiva, el profesor Alfredo Etcheberry, indica **tres razones** en que podría encontrarse el desvalor que toleraría la agravación punitiva; “el debilitamiento de la defensa privada; el mayor peligro que corren las víctimas, y la mayor seguridad con que actúan los delincuentes”. (Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal” parte Especial Tomo III, Pag. 365, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición-2001).

A las razones que propone Etcheberry, se debe agregar la consideración, que por tratarse de una agravante especial, pero común para robos y hurtos, el fundamento de la misma debe satisfacer un plus solo en relación a la afectación de la propiedad. Esta última circunstancia, torna inaplicable, el fundamento del mayor peligro que corren las víctimas en los casos de las figuras pluriofensivas que el mismo título recoge, toda vez que dicho aspecto, ya se encuentra presente en el tipo y reflejado en la pena asignada al delito.

Que en el caso concreto, y teniendo presente la dinámica de acontecimientos que se han tenido por acreditado, se puede concluir sin equívoco alguno, que **el debilitamiento de la defensa privada sobre las especies muebles en definitiva apropiadas, como la mayor seguridad con que habrían actuado los agentes, no descansa en haber sido dos los autores, sino que en la intimidación que con un arma de fuego ejerce sobre la víctima uno de los autores**. Que el acto apropiatorio, perfectamente pudo haberlo realizado sin la presencia de su compañero de fechoría, por lo que la presencia de éste, no agrega ningún plus de disvalor a sus conductas, ya que ella no debilitó la resistencia de la víctima, ni les procuró una mayor seguridad, pues de no haber concurrido, de todas formas el ilícito se hubiese perpetrado. Que si bien es cierto en el caso de marras no existió una equiparidad de fuerzas, que hubiese tornado exitosa la defensa del afectado, ello se debió a la acción intimidatoria que provoca el sentir sobre su espalda el arma de fuego que le apuntaba, pero no la presencia, del otro coautor.

Que, en este orden de cosas, es parecer de estos sentenciadores, que la condición numérica superior de los encausados no ha resultado relevante para la comisión del ilícito en materia, y que apreciada axiológicamente la concurrencia de la

agravante en referencia, ella no se verifica, por lo que en la regulación de la sanción definitiva que se imponga a los encartados ella será omitida.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 14N°1, 15N°1, 18, 21, 24, 25, 28, 47, 50, 68, 69, 432, 433, 436, 439 del Código Penal; 1, 45, 46, 47, 281, 295, 296, 297, 298, 309, 314, 315, 319, 323, 324, 325, 326, 328, 329, 338, 339, 340, 341, 343, 344, 345, 346, 348, 349 y 468 del Código Procesal Penal; y artículos 14 y 15 de la ley 18.216, **SE DECLARA:**

I.- Que se **CONDENA** al acusado **ELISEO ANTONIO MOYA CEBALLOS**, ya individualizado, a la pena de **CINCO AÑOS** de **PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÁXIMO**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y a **FRANCISCO JAVIER AGUILAR LARA**, ya individualizado, a la pena de **CINCO AÑOS Y UN DÍA** de **PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y, a los dos, al pago de las costas de la causa en igual proporción; en calidad de autores del delito de robo de especies de propiedad de Patricio Alejandro Garay Aros, con intimidación en su persona, en grado de consumado, perpetrado en la comuna de Ancud, el día 10 de febrero de 2004.

II.- Que atendida la extensión de la pena privativa de libertad impuesta al sentenciado Aguilar Lara, no se le concede ninguno de los beneficios que establece la Ley N° 18.216 y, en consecuencia, la pena aplicada se le contará desde el día 10 de febrero de 2004 fecha desde la cual ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad, como se establece en el considerando quinto del auto de apertura de este juicio oral.

III.- Que, se concede al acusado Eliseo Antonio Moya Ceballos, el beneficio de la libertad vigilada, por cuanto reúne los requisitos exigidos por el artículo 15 de la Ley 18.216 y el informe presentencial acompañado en la audiencia es favorable.

En caso que el beneficio le fuere revocado, Moya Ceballos deberá cumplir la pena efectivamente y le servirá de abono los días que ha estado privado de libertad con ocasión de esta causa, esto es, desde el 10 de febrero de 2004, fecha desde la cual ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad, como se establece en el considerando quinto del auto de apertura de este juicio oral.

Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt. 14 de mayo de 2005, Rit 27-05.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que, el Ministerio Público, de acuerdo al auto de apertura remitido a este Tribunal, fundó su acusación en los siguientes hechos: “El día 05 de diciembre de 2004, en horas de la madrugada, los acusados, ingresaron al predio de propiedad de Héctor Kuschel Kuschel, ubicado en el sector de Alerce de la comuna de Puerto Varas, desde donde sustrajeron y faenaron un animal vacuno, específicamente un buey, especie evaluada en la suma de \$ 500.000.”

Apertura y clausura fiscalía-

TERCERO: La fiscalía sostuvo en su apertura que los hechos descritos resultan constitutivos de un delito de Hurto de animales, previsto y sancionado en el artículo 446 N° 2 del Código Penal, en relación con los artículos 432 y 449 del mismo cuerpo legal, y que la participación de los acusados se encuadra dentro de la hipótesis del artículo 15 N° 1 del texto legal en referencia. Solicitando se acojan en contra del acusado Monje Hernández, las circunstancias agravantes de responsabilidad criminal contempladas en los artículos 12 N° 16 del Código Penal, y respecto de todos los acusados la del artículo 456 bis N° 3 del mismo cuerpo legal, requiriendo asimismo se considere a favor del acusado Ojeda Rain, la circunstancia atenuante de responsabilidad contenida en el numeral 6 del artículo 11 del estatuto criminal, solicitando conforme a lo anterior, se condene al acusado Monje Hernández a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, al acusado Ojeda Soto a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo y al acusado Ojeda Rain, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, todas las sanciones corporales, más las accesorias legales correspondientes y el pago de las costas de la causa.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Agravante) Que respecto a la circunstancia agravante de responsabilidad alegada por el Ministerio Público, regulada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores, por estimar que no es la cantidad de participantes, lo que determina el sentido de la agravante, ya que no se trata de una cuestión numérica, sino que valórica, y su alcance se debe buscar, considerando en que hipótesis de acción, la intervención de dos o más personas, en un delito como el del caso sublite, importan una agravación de su responsabilidad penal, sin perjuicio de agregar al mismo análisis la calidad en que intervienen.

Que una interpretación sistemática del Código Penal, permite sostener que la ratio legis de la agravación, no se encuentra en la circunstancia de actuar el autor conjuntamente con otras personas en la ejecución del delito. Las situaciones excepcionales no hacen sino confirmar esta regla, por cuanto en todas ellas, la razón de agravación se relaciona con circunstancias diferentes a la de la mera pluralidad de sujetos, (Mera Figueroa, Hurto y Robo Estudio Dogmático y Política Criminal Cuaderno de Análisis Jurídico Escuela de Derecho Universidad Diego Portales Pág. 160), pudiéndose citar a modo de ejemplo, las excepciones contenidas en los artículos 72 del Código Penal, que plantea una hipótesis de prevalimiento; la del artículo 12 N° 11, hipótesis que agrava el injusto en razón de ejecutar el ilícito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad, etc.

De igual manera, se debe reconocer que por su naturaleza, la norma ha de ser interpretada restrictivamente, añadiendo a dicha consideración el carácter selectivo de la misma, ya que la pluralidad de agentes, solo constituye agravante a priori, en los casos de robos y hurtos, y no en otros ilícitos que lesionan bienes jurídicos, a lo menos, generalmente aceptados, como más relevantes. (Violación, Homicidio).-

Que en contra de la interpretación aritmética o numérica que viene pretendiendo la fiscalía, se deben consignar el antecedente histórico que plantea el profesor Mera Figueroa (op. cit, pag. 161) cuando sostiene, que en la sesión 38 ordinaria de fecha 11 de agosto de 1953, se indicó: "En el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia respecto de la ley 11.625, en relación con este punto, se dice que se ha eliminado

del anterior art. 433 (robo calificado) la circunstancia de realizarse el delito en despoblado y en cuadrilla, si con motivo u ocasión del robo, se causare alguna de las lesiones penadas en el N° 1 del art. 397 o el reo fuere retenido bajo rescate o por mas de un día; y que la razón de la eliminación ha sido precisamente este art. 456 bis que el proyecto propone crear, en virtud el cual se considera a éstas circunstancias (cometerse el delito en despoblado y en cuadrilla) como agravantes de los delitos de Hurto y robo”.

Que así queda claro que la sola condición numérica de los agentes, no se condice con el antecedente expreso de la disposición, esto es, la idea de cuadrilla, y más aún de la que ésta actúe en despoblado, que cause lesiones o retenga a la víctima. Por lo demás, la redacción del primitivo artículo 433 consignaba literalmente “hai cuadrilla cuando concurren a un robo mas de tres malhechores” (Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, Edición Crítica, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, pag. 183, Edeval- 1974) , apreciación numerológica que ya mantenía la Comisión Redactora, en su sesión 92 de 07 de Junio de 1872, al regular el artículo 420 que posteriormente pasaría a constituir el 433 ya referido. (Op. Cit. pag. 419 y 420).

Que a las argumentaciones anteriores puede agregarse un fundamento de lógica, para no tolerar la agravación en la forma que viene sosteniendo la fiscalía; en cuanto a que si sólo bastara la condición numérica, ello llevaría al absurdo de considerarla incluso en aquellos casos en que el número de imputados fuera menor al número de víctimas, y no existiera otras circunstancias que importaran una superioridad sobre las mismas. (Mera Figueroa op. cit. pag. 165).

Que habiéndose establecido de acuerdo a las interpretaciones sistemáticas, lógicas, históricas y axiológicas que preceden, que el fundamento de la agravante no descansa en el número de personas que intervienen en el hecho criminal, se debe determinar entonces, cual es el verdadero fundamento de la agravante.

En esta perspectiva, el profesor Alfredo Etcheberry, indica tres razones en que podría encontrarse el disvalor que toleraría la agravación punitiva; “el debilitamiento de la defensa privada; el mayor peligro que corren las víctimas, y la mayor seguridad con que actúan los delincuentes”. (Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal” parte Especial Tomo III, Pag. 365, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición-2001). A las razones que propone Etcheberry, se debe agregar la consideración, que por tratarse de una agravante especial, pero común para robos y hurtos, el fundamento de la misma debe satisfacer un plus sólo en relación a la afectación de la propiedad.

Que, aún cuando estos, según el parecer de este juez, debieran ser los presupuestos que debieran determinar la agravación de la penalidad de base, en el último tiempo se ha venido imponiendo el criterio sustentado por el profesor Cury, que ilustrativamente recoge el fallo de fecha 25 de febrero de este año, en el que sostiene, apartándose del criterio aritmético, y de la discusión sobre el concepto de malhechores, que “el fundamento de la agravante radica en la mayor indefensión que genera para la víctima el hecho de quienes lo atacan sean varias personas, lo cual disminuye su capacidad de oponerse al despojo...” .Esta reflexión valorativa, lleva indefectiblemente a concluir, que esta agravante tiene como presupuesto absolutamente necesario, la posibilidad cierta o eventual de una reacción de defensa del sujeto pasivo. Lo que limitaría su aplicación a los ilícitos en que esa eventualidad se produzca o sea cierta, excluyendo su aplicación a los ilícitos en que el despojo se produce por la desprevenición del afectado

o por que lisa y llanamente este, por no asistencia, jamás pudo tener una posibilidad cierta o eventual de reaccionar frente al acometimiento. Como quiera que sea, siguiendo la tesis de Mera y Etecheberry o la del profesor Cury que se explicita, queda claro que ninguno tolera la consideración aritmética de la agravante.

Por lo demás, en el caso concreto, no se ve en que forma la cantidad de partícipes ha importado un plus de disvalor a sus conductas, más aún si se considera lo que expresamente dijo el propio denunciante, que el animal vacuno, fue sacado tirándolo con una soga sujeta a un collarón, que incluso como prueba material fuera incorporada a juicio, razonando en base a este antecedente, **a efectos de verificar la apropiación, no se requiere la intervención de más de un partícipe, cuestión distinta es la etapa de agotamiento del delito, como es la de dar muerte al animal, descuerarlo, etc., alternativas todas en las que se sustenta la agravación pretendida por el Ministerio Público, pero que nada tienen que ver con la consumación del delito, etapa a la que se refiere la norma a propósito de la agravación de la conducta**, por lo que al momento de determinar la sanción corporal aplicable, ella no será considerada.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 12 N° 16, 14, 15 N° 1, 18, 24, 25, 30, 47, 49, 50, 68, 69, 432, 446 N° 2, 449, 454, 455, y 456 bis N° 3, del Código Penal, y artículos 7, 8, 9, 10, 47, 83, 85, 91, 93, 194, 205, 217, 296, 297, 302, 330, 331, 332, 340, 342, 343, 344, 346, 351 y 468 del Código Procesal Penal, y 6, 7 y 19 N° 3 de la Constitución Política del Estado, se declara:

I.- Que se ABSUELVE a los acusados SERGIO ROLANDO OJEDA SOTO, y SERGIO ALEJANDRO OJEDA RAIN, ya individualizados, de la acusación deducida en su contra por el Ministerio Público, que los suponía autores del delito de Hurto de animales, perpetrado el día 05 de diciembre de 2004, en la comuna de Puerto Varas.

II.- Que se CONDENA al acusado ALFONSO MANUEL MONJE HERNANDEZ, ya individualizado, a la pena de DOS AÑOS de presidio menor en su grado medio, al pago de una multa de SEIS Unidades Tributarias Mensuales, a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa, en calidad de autor del delito consumado de hurto de animales, en la propiedad de Héctor Kuschel Kuschel, cometido en la localidad de Alerce, comuna de Puerto Varas, el día 05 de diciembre de 2004.-

III.- Que atendida la extensión de la pena privativa de libertad impuesta, y habida consideración la entidad de las sanciones corporales que se han impuesto con anterioridad al encausado, no se le concede ninguno de los beneficios que establece la Ley N°18.216 y, en consecuencia, deberá cumplir la sanción corporal impuesta íntegra y efectivamente, debiendo abonarse a su cómputo el tiempo que permaneció privado de libertad por estos hechos, esto es, desde el día 05 de diciembre de 2004, al 26 de enero de 2005, conforme aparece en el motivo octavo del auto de apertura de este juicio oral.

IV.- Que la multa impuesta deberá pagarse una vez que quede ejecutoriado este fallo y si el sentenciado no tuvieren bienes para satisfacerla, sufrirá por vía de sustitución 23 y apremio la pena de reclusión, regulándose un día por cada un quinto de unidad Tributaria Mensual, sin que ella pueda exceder de seis meses.

3.2.2.4. La agravante no concurre, pues la pluralidad ya fue considerada para determinar la calidad de autores de los sujetos basada en el concierto previo

Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica. 06 de octubre de 2006, Rit 23-06.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que los hechos y circunstancias que han sido objeto de la acusación del Ministerio Público, según en síntesis se expresa en ella, se fundan en que con fecha 27 de enero de 2006, alrededor del mediodía, los acusados Alan Eduardo Silva Flores y Alexis Mario Melo Vergara, en compañía del menor declarado sin discernimiento, de iniciales P.S.R.O. y también en compañía de un cuarto sujeto hasta ahora no identificado, ingresaron en el automóvil marca Toyota, modelo Teruel, placa patente única DY. 3326, al predio de la víctima don Gabriel Baltasar Urrea Vergara, ubicado en el sector Metreñehue de la comuna de Pucón.

Que una vez dentro del predio, el acusado Melo Vergara, junto al cuarto sujeto no identificado, ingresaron a la casa de la víctima forzando la ventana del dormitorio de la misma e ingresando por esta vía, sustrayendo desde esta casa \$85.000.- en dinero efectivo, cien dólares americanos, un reloj de pulsera de mujer, dos celulares y sus respectivos cargadores y una mochila.

Agrega que al mismo tiempo que el acusado Melo Vergara junto al sujeto no identificado ingresaban a la casa habitación, el menor de edad de iniciales P. S. R. O., junto al acusado Silva Flores, entraron a una bodega distante 15 metros aproximadamente de la casa principal, desde donde sustrajeron un serrucho eléctrico, cepillo eléctrico, 2 taladros y dos rótulas de repuesto de autos.

Que en los momentos que el menor se encontraba sacando las herramientas antes señaladas, fue sorprendido por el dueño de casa quien se encontraba descansando al interior de esta bodega, dándose a la fuga los acusados con las especies arriba indicadas.

El Ministerio Público estima que los hechos atribuidos a los acusados configuran el delito consumado de robo con fuerza en lugar habitado, previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1, en relación con el artículo 432 del Código Penal. Agrega además que favorece a ambos imputados la atenuante del artículo 11 N° 6 del estatuto punitivo y les perjudica la agravante del artículo 456 Bis N° 3 del mismo cuerpo legal. Por último solicita se les imponga la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias que correspondan y el pago de las costas.

DÉCIMO TERCERO: Que, en cuanto a la agravante solicitada por el Ministerio Público, de ser dos o más los malhechores, estas sentenciadoras estiman que, **al haber otorgado a ambos la calidad de autores, fundado precisamente en la existencia de concierto previo entre ellos, la pluralidad de partícipes ya ha sido considerada para estos efectos, por lo que considerarla nuevamente para agravar la pena, afectaría el principio non bis in idem**, por lo que se rechazará la aplicación de ella.

Por las consideraciones anteriores y lo dispuesto en los Artículos 1°, 11 N° 6, 7 y 9, 14 y 15 N° 1, 18, 21, 24, 26, 30, 49, 67, 69, 76, 432 y 446 N° 2 del Código Penal; artículos 1°, 4°, 36, 45, 47, 295 a 297, 298 y siguientes, 314 y siguientes, 323, 340 al 344, y 348 del Código Procesal Penal y Ley 18.216.

SE RESUELVE:

Que, se **condena** a **ALAN EDUARDO SILVA FLORES**, ya individualizado, a sufrir la pena de **220 DIAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MINIMO Y A UNA MULTA DE 5 UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES** y a **ALEXIS MARIO MELO VERGARA**, ya individualizado a sufrir la pena de **300 DIAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MINIMO Y AL PAGO DE UNA MULTA DE 5 UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES**, mas las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y a pagar las costas de la causa, como autores del delito de Hurto simple en perjuicio de Gabriel Urra Vergara, hecho ocurrido el día 27 de enero de 2006, en la comuna de Pucón.

Que atendido que el imputado, Alan Eduardo Silva Flores, ha permanecido en prisión preventiva desde el 25 de febrero de 2006 hasta el 23 de mayo del mismo año, en que se sustituyó la medida por arresto domiciliario total y, sujeto nuevamente a prisión preventiva con fecha 25 de julio hasta la fecha, dése por cumplida la condena por el mayor tiempo que ha estado privado de libertad.

Que en cuanto al condenado Alexis Melo Vergara, deberá cumplir la pena en forma efectiva, sirviéndole de abono los días que estuvo privado de libertad en esta causa, esto es, en prisión preventiva desde el 28 de febrero de 2006, la que fue revocada el 06 de junio de 2006, sustituyéndose en esta fecha por privación total de libertad en su domicilio; según consta en el auto de apertura, hasta el día 04 de septiembre del año en curso, fecha en que fue detenido, decretándose la prisión preventiva por el Juzgado de Garantía de Temuco; según consta en certificación de fojas 14 vuelta de la carpeta judicial.

Que no se le otorga a Melo Vergara ningún beneficio de la Ley 18.216 por no haberse acreditado en el juicio su procedencia.

Que, en el evento de que no se entere el pago de la multa por cualquiera de los acusados, sufrirán por vía de sustitución la pena de prisión de un día por cada quinto de unidad tributaria mensual no pudiendo ésta exceder del plazo de seis meses.

3.2.3. Diversos criterios utilizados por la jurisprudencia para aplicar la agravante del artículo 456 bis del Código Penal

3.2.3.1. La agravante concurre aunque el otro imputado no haya sido acusado en la misma audiencia de autos

Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta. 07 de septiembre de 2005, Rit 119-2004.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: La acusación del Ministerio Público tuvo por fundamento la siguiente relación de hechos: "El día 12 de febrero de 2005, alrededor de las 04.00 horas, los imputados escalaron muro perimetral del inmueble ubicado en esta ciudad en calle Luis Cruz Martínez N° 7.867, habitado por la familia de doña Karymen Sierra Astudillo, quebraron un vidrio de una ventana del segundo piso para entrar a dicho domicilio y posteriormente sustraer diversas especies de uso doméstico, como: televisores, un equipo musical, ropa y licores, las que sacaron del mismo y cuando hacían abandono del inmueble fueron sorprendidos por carabineros, quienes los detienen. Al imputado Godoy Barriga en el mismo lugar y al otro imputado en un inmueble ubicado en calle Nilda Madrid. Las especies recuperadas las iban botando los imputados en la medida que iban huyendo de la casa."

A juicio del acusador los hechos descritos son constitutivos del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación previsto en los artículos 432 y 440 N° 1 del Código Penal, siendo el grado de desarrollo del delito consumado, correspondiéndole participación al imputado en calidad de autor.

Agregó que -en lo que toca al imputado Gómez Loyola- concurre en la especie la circunstancia atenuante de responsabilidad penal de la irreprochable conducta anterior y que le perjudica la agravante de ser dos o más los malhechores del artículo 456 bis Nro. 3 del Código Penal, por lo que requirió la imposición de una pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales y el pago de las costas de la causa.

DUODÉCIMO: En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad del acusado, beneficia al acusado la atenuante de la irreprochable conducta anterior, acreditada con el mérito de la convención probatoria allegada, en la que se señala que no ha sido condenado anteriormente por crimen, simple delito o falta.

Asimismo, **la mayoría de esta sala del tribunal, estima que le perjudica la agravante de pluralidad de malhechores prevista en el artículo 456 bis Nro. 3 del Código Penal acreditada con el mérito de la determinación fáctica establecida en el considerando noveno de esta sentencia, sin que sea obstáculo para ello que el otro imputado no haya sido juzgado en esta audiencia del juicio**, pues ya fue condenado por esta causa y tribunal en un juicio anterior, al que no se presentó voluntariamente Gómez Loyola, lo que es un hecho público y notorio que no merece probarse. Por lo demás, no puede quedar a su arbitrio la configuración o no de la agravante en comento, decidiendo si se presenta al juicio o no.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N°6, 14 N°1, 15 N°1, 18, 24, 29, 50, 67, 69, 72, 432, 440 N° 1 y 456 bis Nro. 3 del Código Penal; 37, 47, 295, 297, 325 y siguientes, 340, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal; 14, 15 y siguientes de la ley 18.216, se declara:

I.- Que se condena a KAROL JESÚS GÓMEZ LOYOLA, ya individualizado, como autor del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación en

grado de consumado, cometido en este puerto el día 12 de febrero del 2005, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, con costas.

II.- Que reuniendo los requisitos legales, se concede al acusado el beneficio de la libertad vigilada, con un período de observación y tratamiento igual al lapso de la pena impuesta, debiendo cumplir los demás requisitos del artículo 17 de la ley 18.216 y someterse a los exámenes médicos, psicológicos o de otra naturaleza, necesarios para su rehabilitación del consumo de drogas.

3.2.3.2. La agravante concurre, pues se limitó las posibilidades de defensa de la víctima por la concurrencia de pluralidad de malhechores y no por el uso de armas

Tribunal Oral en lo Penal de La Serena. 10 de enero de 2003, Rit 49-02.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que los hechos materia de la acusación según el auto de apertura de juicio oral, consisten en que el día 20 de marzo del año 2002, a las 15:30 horas aproximadamente, en el sector del puerto de esta ciudad, cuatro sujetos premunidos cada uno de armas de fuego, llegaron hasta la distribuidora de Alimentos Dipac ubicada en calle Aldunate N° 627 y procedieron a reducir a tres de los dependientes que allí trabajaban, conminándolos a arrojar al suelo y a amenazarlos de muerte mientras los apuntaban con las armas de fuego. Los cuatro sujetos revisaron el lugar y sustrajeron \$ 438.000 en dinero efectivo, dándose a la fuga hacia el sector de la Caleta, por la Avenida Costanera, en dirección a la playa. Agrega la señalada acusación que, alertados funcionarios policiales de la comisión del ilícito, se trasladaron al sector de Avenida Costanera y Playa Changa, donde fueron alertados por transeúntes que cuatro jóvenes semidesnudos corrían por el sector de la playa en dirección a Peñuelas, ante dicha información, en el sector de Playa Edén, en un sitio erizado cubierto por pastizales, el personal aprehensor divisó a los dos acusados, logrando sus retenciones. Al efectuar un registro del lugar encontraron en la mochila que portaba LUIS ANTONIO CONTRERAS MORENO una pistola automática y un revólver, además en el bolsillo derecho de su jeans la suma de \$ 98.000.

La Fiscalía agrega que concurre en la especie respecto de ambos acusados, la circunstancia agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal y que tratándose del imputado Contreras Moreno, señala que, además, es aplicable a éste la circunstancia agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 12 N° 16 del mismo Código, a saber, ser reincidente en delito de la misma especie.

Contestando la acusación deducida en contra de los imputados más arriba individualizados, la defensa señala que se ampara en la presunción de inocencia de ambos acusados, sin perjuicio de manifestar algunas precisiones respecto del grado de

desarrollo del delito. Si bien el Ministerio Público estima que se trata de un delito consumado, la defensa considera que no es así, sino que se trataría de un delito en grado de frustrado, y que no obstante esta distinción no altera la penalidad, sí la tiene para ver que límite dentro de ese grado se va a aplicar como pena concreta. Asimismo, solicita el rechazo de las circunstancias agravantes impetradas por la Fiscalía, toda vez que la agravante del artículo 12 n° 16 del Código Penal es improcedente, según arguye, ya que no se trataría de delitos de la misma especie y en cuanto a la agravante del artículo 456 bis n° 3 del Código Penal, ser dos o más los malhechores, por cuanto no basta, señala la defensa, la existencia de dos personas para la perpetración del ilícito, sino que se requieren otros requisitos que se dirán en el alegato de clausura.

Finalmente, señala que el acusado Contreras Moreno ha colaborado sustancialmente en los hechos materia de la acusación, por lo que la penalidad a aplicar a su respecto sería menor, sin perjuicio de tener que considerar el Tribunal, además, el artículo 69 del Código Penal, el que dice relación con la extensión del mal producido, atento que se trata de un delito de robo con intimidación y no con violencia, circunstancia ésta última mucho más grave que la primera.

OCTAVO: Que respecto a la circunstancia agravante que solicita el Ministerio Público se considere respecto de los acusados, contenida en el artículo 456 bis n° 3 del Código Penal, a saber, ser dos o más los malhechores, la defensa solicita su rechazo, por cuanto en la especie se ha asegurado la comisión del delito mediante la utilización o existencia de armas, sin que tenga relevancia el número de participantes en el hecho punible.

Estos sentenciadores acogerán la agravante impetrada por la Fiscalía, desestimando las argumentaciones de la defensa en ese sentido, por cuanto **se ha establecido que en los hechos de esta causa han participado ambos acusados materialmente en el hecho de la apropiación, pluralidad que limita, impide o restringe a la víctima la posibilidad de protección o defensa, siendo esta última característica la que considera el legislador para la concurrencia de la agravante y no otra.**

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 14, 15, 24, 28, 68, 69, 432, 436 inciso 1° y 456 bis n° 3 del Código Penal; 53, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 343, 346 y 348 del Código Procesal Penal, se resuelve:

I. Que **se condena** a **LUIS ANTONIO CONTRERAS MORENO y ROBERTO ALEJANDRO MONDACA GALLARDO**, cada uno, a la pena de DIEZ AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MEDIO y, a la pena accesoria, respectivamente, 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 de las costas de la causa por partes iguales, como autores de delito de robo con intimidación perpetrado en perjuicio de la distribuidora de alimentos Dipac de Coquimbo, acaecido el día 20 de marzo de 2002 en dicha ciudad.

II. Que no se concederá a ninguno de los acusados beneficio alguno de la ley 18.216, por no existir en favor de éstos los requisitos legales.

En consecuencia, los imputados deberán cumplir real y efectivamente las penas impuestas, sirviéndoles de abono los 297 días que han permanecido ininterrumpidamente privados de libertad en esta causa, a saber, desde el 20 de marzo de 2002 a la fecha.

III. Que se decreta el comiso de una pistola marca Walter calibre 9 mm. corto y sus respectivos seis cartuchos y de un revólver sin marca, calibre 38 corto, con dos cartuchos que le pertenecen, remitiéndose las mismas y su munición a la Guarnición Militar de esta Región, para que una vez ejecutoriado el presente fallo, se envíen las mismas a los arsenales de Guerra.

3.2.3.4. La agravante concurre, pues la pluralidad de malhechores produjo mayor indefensión y peligro para la víctima y aseguró la impunidad

Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt. 17 de enero de 2005, Rit 33-04.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que, el Ministerio Público, de acuerdo al auto de apertura remitido a este Tribunal, fundó su acusación en los siguientes hechos: “El día 5 de mayo de 2004, alrededor de las 23:30 horas, Nelson Iván Luengo Toledo, se dirigió por la avenida costanera hacia el Terminal de buses de esta ciudad, con el objeto de tomar locomoción, hacia el lugar de trabajo en Chinquihue. Cuando caminaba por el sector en que hay unos juegos infantiles, se encontró con un grupo de personas, hombres y mujeres. Se incorporó a este grupo y compartió alrededor de dos horas, bebiendo cerveza. Una de las mujeres, Roxana Soto Muñoz, lo invitó a su domicilio, lo que aceptó, y se fue con ella y otra mujer Leticia Verónica Godoy Villegas en un automóvil colectivo. Una vez que ingresaron al inmueble convino relaciones sexuales pagadas con Roxana Soto y con tal fin la esperó en una habitación; sintió voces masculinas, salió de la habitación y se encontró con dos hombres, uno era el acusado Felipe Andrés Pérez Pérez, y el otro un menor de 15 años de edad, el primero le puso un cuchillo en el abdomen y el segundo lo golpeó con una escopeta hechiza en el rostro, lesionándolo en la ceja derecha. El menor le entregó lo que llevaba y el entregó la billetera. Las mujeres registraron sus vestimentas y sacaron su teléfono celular y el cargador”.

TERCERO: Que la fiscalía en sus alegatos de apertura sostuvo que los hechos descritos en la acusación, resultan constitutivos de un delito de robo con violencia en la persona de Nelson Iván Luengo Muñoz, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, en grado de consumado y la participación de los acusados como de autores de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal. Señala que concurre la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, respecto de las acusadas y pide la agravante del artículo 456 bis N°3 del citado texto legal respecto de los tres acusados. Pide se aplique al acusado Felipe Pérez Pérez la pena de doce años de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales y las costas de la causa y de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales y costas de la causa respecto de las acusadas.

Que, el Ministerio Público en su alegato de apertura señala que Nelson Iván Luengo Toledo, es un marino mercante que cuando desembarca se divierte en la noche. El día del hecho, estuvo en el mall costanera de esta ciudad, y cuando se retira a su lugar de descanso, se va caminando por la costanera y se encuentra con un grupo de personas, se incorpora, departe y bebe con ellos. En el grupo se encuentran las dos acusadas. Roxana, una de ellas lo invita a pernoctar, lo que acepta pues es un provecho para él. Se van en un automóvil de alquiler y los acompaña la otra acusada Leticia.

El delito de este proceso es robo con violencia pues el procedimiento empleado fue invitar al ofendido, golpearlo y sustraer sus especies.

Se acreditará sin duda la sustracción con empleo de un arma de fuego que es apta y con un arma blanca.

Los tres acusados han tenido participación culpable en el delito, solicita se apliquen las penas que señala la acusación.

En su alegato de clausura, reitera los dichos. Agrega que la víctima fue voluntariamente a la casa de los acusados, después de incorporarse a un grupo de desconocidos, que lo invitan. Al inmueble entró sin lesiones y cuando hace abandono de él, lleva una herida punzante en el abdomen y una lesión contusa en la zona ciliar derecha. Las personas que estaban en la mediagua saben lo que hacen. Las declaraciones de Luengo son creíbles, cuenta los hechos y sus dichos son contrastables con los medios de prueba, sabe el lugar y forma en que ocurrieron los hechos. Cuando se encuentra con los Carabineros les relata la misma secuencia de hechos. Le han robado, lesionándolo cuatro personas.

El funcionario policial señala que el dueño de casa, Felipe Pérez, autorizó el ingreso de la policía a su domicilio. Le dice “adelante mi cabo aquí no pasó nada”.

En el inmueble la policía ve a cuatro personas, encuentran las especies sustraídas al ofendido, y dos armas; un arma de fuego, escopeta hechiza con dos cañones soldados, dos cartuchos, uno percutado y otro sin percutar, y una arma blanca que corresponde a un cuchillo.

El policía señala las lesiones del ofendido, las cuales constata el médico en el Hospital donde lo conducen, una lesión contusa en zona ciliar y otra punzante en la zona abdominal.

Que en la **réplica** el Ministerio publico señala que lo que declaró Roxana Soto no se pudo constatar con otras pruebas. Dijo que no conocía a Leticia pero el informe social dice que viven a una cuadra de distancia.

La víctima trabaja en máquinas del barco y no tiene mayor claridad en horarios. El médico dice que tenía halito pero no estaba ebrio.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que el tribunal acogerá la circunstancia agravante especial contemplada en el N°3 del artículo 456 bis del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores que el Ministerio Público estima concurrente, en atención a que en la audiencia de juicio oral se acreditó que intervinieron como coautores los acusados, dándose así el presupuesto establecido en la ley.

En este punto ha dicho la doctrina que lo que determina **el sentido de la agravante no es una cuestión numérica sino valórica y que su razón de ser estaría dado por tres razones a saber, el debilitamiento de la defensa privada, el aumento de peligro que corren las víctimas, y la mayor seguridad con que actúan los delincuentes amparados en el número.**

Que en el caso sublite estos sentenciadores estiman que la concurrencia de ser tres los partícipes ocasionó un debilitamiento de la defensa privada y una mayor seguridad con que actuaron los acusados, lo que se tradujo en el hecho que los delincuentes en primer termino llevaron al ofendido a la casa de uno de ellos, para una vez en el lugar usar de violencia e intimidación en la persona de la víctima, a fin de apropiarse de las cosas, acción que por la dinámica de los acontecimientos se tradujo en el éxito de las acciones apropiatorias.

Por estas consideraciones, y visto además lo dispuesto en los artículos 1,11 N°6, 14, 15, 24, 28, 50, 68, 69, 436 inciso 1° y 456 bis N° 3 del Código Penal, y artículos 47, 93, 98, 295, 296, 297, 306, 307, 309, 310, 314, 315, 316, 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 338, 339, 340, 341, 342, 343, y 468 del Código Procesal Penal, se declara:

I.Que se **CONDENA** a **FELIPE ANDRES PÉREZ PÉREZ, LETICIA VERONICA GODOY VILLEGAS Y ROXANA FABIOLA SOTO MUÑOZ**, ya individualizados, a cada uno, a la pena de **OCHO AÑOS** de presidio mayor en su grado mínimo, y al pago de las costas de la causa, un tercio cada uno, como autores del delito de Robo con Violencia de especies en la persona de Nelson Iván Luengo Toledo, cometido el día 5 de Mayo de 2004 en la comuna de Puerto Montt.-

II.-Que se le condena además, a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, y a la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

III.-Que atendida la extensión de la pena privativa de libertad impuesta a los condenados, no resulta procedente la concesión de ninguno de los beneficios que establece la Ley N° 18.216 y, en consecuencia, deberán cumplir la sanción corporal impuesta, íntegra y efectivamente, debiendo abonarse a su cómputo respecto del sentenciado Felipe Andrés Pérez Pérez el tiempo que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad por estos hechos, desde el día 06 de mayo de 2004. En cuanto a la encausada Leticia Verónica Godoy Villegas, desde que sea habida o se presente y se abonará en su beneficio el tiempo que estuvo privada de libertad por esta causa, desde el 6 de mayo al 03 de junio de 2004, esto es, 59 días; y respecto de Roxana Fabiola Soto Muñoz se contará desde que se presente o sea habida y se abonará desde el 6 de mayo al 3 de agosto de 2004, esto es, 120 días, conforme se establece en el motivo sexto del auto de apertura de este juicio.

Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas. 26 de octubre de 2004, Rit 57-04.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Acusación. Los hechos materia de la acusación, conforme al tenor textual del auto de apertura de juicio oral de fecha 1° de septiembre de 2004 refiere que el día 25 de febrero de 2004, alrededor de las 17:00 horas, aproximadamente, el acusado, ya individualizado, prevalido de un menor de edad de 15 años, ingresó junto con éste por vía no destinada al efecto al inmueble ubicado en calle Ramón Carnicer N° 0245 de esta ciudad. Es así, que una vez en el interior del antejardín, ambos golpearon la puerta principal del inmueble. Como nadie salió a abrir se trasladaron hasta un costado de la misma casa buscando una vía de ingreso, encontrando una nueva puerta, la que también golpearon. Al ver que nadie salía, siguieron buscando una entrada al inmueble, encontrando finalmente una ventana lateral, por la cual ingresó el menor de 15 años, el que una vez dentro, desde el interior le abrió la puerta a Fernando Burgos.

Cuando ambos se encontraban en el interior de la casa habitación sustrajeron sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse, diversas especies tales como: un bolso deportivo marca Head, color rojo y negro, una cámara fotográfica marca Samsung, dos máquinas afeitadoras, un par de zapatillas marca Nike, un buzo deportivo marca Adidas, una chaqueta polar marca Adidas, un jockey rojo, una camiseta de fútbol, una polera negra, dos colonias marca Avon, un cartón de cigarrillos, una botella de Gin, entre otras especies, siendo encontradas gran parte de éstas por efectivos de la policía de investigaciones en poder del menor, específicamente en el dormitorio de éste situado en el interior del inmueble ubicado en calle Ramón Carnicer N° 046 de Punta Arenas.

A juicio del Ministerio Público, los hechos antes descritos precedentemente son constitutivos del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1 del Código Penal, el cual se encuentra en grado de consumado. Correspondiéndole a Fernando Fabián Burgos Vargas la calidad de autor del delito materia de la acusación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

Expone el Ministerio Público en su acusación, que respecto del acusado, no concurren atenuantes de responsabilidad criminal. En cambio si concurren las agravantes de responsabilidad criminal contemplada en los artículos 72 inciso 2° y artículo 456 bis N° 3 del Código Penal. Por lo que pide finalmente al Tribunal que aplique al acusado Fernando Fabián Burgos Vargas la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias correspondientes y al pago de las costas de la causa.

DÉCIMO: Respecto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal el tribunal tiene presente lo siguiente:

Perjudica al acusado la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, esto es ser dos o más los malhechores, ya que aquél no actuó solo en los hechos, como ha quedado fehacientemente establecido en el juicio oral. Ello por cuanto **esta agravante se basa en el debilitamiento de la defensa privada, el aumento de peligro que corren las víctimas y la mayor seguridad con que actúan los delincuentes. Es decir estos factores se dan cuando hay multiplicidad de partícipes que concurren materialmente en el momento y lugar del delito.** (Etcheberry, en igual sentido Mario Garrido Montt). Es decir la agravante debe aplicarse cuando es más de una persona quien concurre materialmente al momento de la ocurrencia del ilícito, siendo irrelevante si estos sujetos han cometido o no delitos con anterioridad. En la especie no corresponde hacer distinción alguna, para entender la denominación malhechores, pues el legislador no la hace en la materia, de manera que carece de relevancia aseverar que los

malhechores deben haber tenido condenas anteriores o que no concurriría la agravante en determinados robos. Ello no puede ser de otra manera, pues el solo hecho de que dos o más personas intervengan en un hurto o en un robo, disminuye las posibilidades de defensa, en la especie, del afectado y sus bienes, y contribuye a asegurar el propósito delictual perseguido, lo que ha ocurrido en esta causa.

Por estas consideraciones y lo dispuesto además en los artículos 1, 11 N°6 y 7, 14 N°1, 15 N°1, 18, 21, 24, 25, 26, 29, 31, 51, 67, 432, 440 N° 1 y 456 bis N° 3 del Código Penal; artículos 1, 2, 3, 8, 45, 46, 47, 52, 295, 296, 297, 306, 309, 314, 319, 325 y siguientes, 339 al 346, 348, 349, 351 y 468 del Código Procesal Penal; y Ley N°18.216 y su reglamento **SE DECLARA:**

1.- Que se condena al acusado Fernando Fabián Burgos Vargas, Cédula de Identidad N° 10.724.102-7, ya individualizado, a la pena de **cuatro años de presidio menor en su grado máximo** a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficio públicos durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa en su calidad de autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, en perjuicio de Iván Marcelo Soto Mansilla, en grado de consumado, cometido el 25 de febrero de 2004, en la ciudad de Punta Arenas.

2.- Que concurriendo las exigencias pertinentes de la Ley N°18.216, se le concede al sentenciado el beneficio de la Libertad vigilada, debiendo sujetarse a la observación del Centro de Reinserción Social de Gendarmería, por el lapso de **cuatro años**, debiendo cumplir las demás exigencias del artículo 17 del texto legal precitado.

Si el beneficio antes concedido le fuere revocado, deberá cumplir efectivamente la pena corporal impuesta, sirviéndole de abono los lapsos de privación de libertad de esta causa, desde el 26 de febrero de 2004 hasta el 12 de julio del mismo año, y desde el 17 de julio de 2004 hasta el 21 de octubre del mismo año citado, como consta del auto de apertura de juicio oral, y del registro de audio de la audiencia, respectivamente.

3.- Que en la etapa de ejecución de la sentencia definitiva, gírese cheque en favor de Iván Marcelo Soto Mansilla, con cargo a las consignaciones efectuadas para reparar con celo el mal causado, por un total de \$300.000.

Devuélvase en su oportunidad a los intervinientes en lo que procediere, la prueba incorporada al juicio.

Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. 16 de octubre de 2006, Rit 171-2006.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: La acusación deducida por el Ministerio Público se fundamentó en los siguientes hechos: "El día 24 de marzo de 2006, aproximadamente a las 17:30 horas, los imputados ingresaron al local de Internet, ubicado en Av. Vicuña Mackena 6989, Comuna de La Florida, el imputado ROJAS VALENZUELA, premunido de un arma a fogueo, y el imputado ROJAS SOTO, premunido de un arma de fuego y procedieron a intimidar a MAURICIO FABIAN ALARCÓN ORELLANA, FRANCISCO ENRIQUE ROJAS

CABRERAS y PAULA ALEJANDRA REYES REYES, quienes se encontraban al interior del local, con sus respectivas armas exigiéndoles entregar el dinero y las especies que tenían, para posteriormente huir del lugar con las siguientes especies: un (1) reloj marca Citizen, un (1) reloj marca Polo Star, cuatro (4) billetes de \$1000 (mil pesos), veintiséis (26) monedas de \$100 (cien pesos), cuatro (4) monedas de \$50 (cincuenta pesos), un (1) celular marca Samsung color plomo, modelo N°: SGH-R225, de la empresa ENTEL PCS, un (1) celular marca Samsung color negro, modelo C207, de la empresa Movistar, de prepago, siendo detenidos por funcionarios de Carabineros a pocos minutos de ocurridos los hechos, y encontradas en poder del imputado ROJAS VALENZUELA, las especies sustraídas, salvo el celular marca Samsung, color negro, que no fue recuperado”.

A juicio del Ministerio Público, los hechos descritos configurarían el ilícito de Robo con Intimidación previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, en grado de consumado, y en ellos a los acusados les ha cabido participación en calidad de autores, de conformidad a lo establecido en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

Según el Ministerio Público, no concurren circunstancias minorantes de responsabilidad, pero sí agravantes, ésta última la de ser dos o más los malhechores, descrita en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal.

Por tales consideraciones, el Ministerio Público, considerando la pena asignada por la ley a los delitos, el grado de desarrollo alcanzado por éstos, la participación atribuida a los acusados, la extensión del mal causado por el delito, la naturaleza jurídica del mismo y las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal concurrentes, solicita la aplicación de la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales, el comiso de las armas incautadas a los acusados y costas de la causa.

En su apertura, la fiscalía expresó que la causa que nos convoca es un delito de robo con intimidación y mediante la prueba que se rendirá se acreditarán los hechos que han servido de fundamento a la acusación, de manera tal que el Tribunal alcanzará la plena convicción de la ocurrencia del delito y de la participación de los acusados en éste. A ambos acusados les perjudica la agravante del artículo 456 bis N°3 del Código Penal.

En sus alegatos de clausura y réplica, el Ministerio Público sostuvo que, se ha rendido prueba suficiente para acreditar el delito y la participación de los acusados en éste. El delito que se cometió, es un robo con intimidación, los acusados participaron como co-autores. Hubo apropiación de especies muebles, se utilizó la intimidación para lograr la apropiación, las víctimas prestaron un relato veraz coherente, llama la atención la declaración de Paula Reyes, quien refirió que se encontraba hablando por teléfono con su madre quien escuchaba los insultos y amenazas.

La explicación que se recibió de los imputados deja la sensación que algo falta, hay un cabo suelto, no se sabe como llegan ellos al ciber-café. También se contó con la declaración del dueño del local, el temor que sintió de ser ilegítimamente agredido.

Se contó además con los atestados del perito en armas, quien siendo experto en la materia señaló que no podía distinguir a primera vista que el arma a fogueo no fuera un arma convencional.

Todos los testigos fueron capaces de reconocer a los acusados y distinguir las acciones que realizaron cada uno.

Respecto a lo señalado por la Defensa en cuanto a que no concurriría la agravante del artículo 456 bis N°3 del Código Penal, debe tenerse presente que el fundamento de ella se encuentra en la circunstancia del aumento de la inseguridad de las víctimas, lo que debe analizarse en cada contexto. En este caso los acusados ingresan en conjunto, se prestan cobertura, ambos consiguen especies a partir de esta acción y debe tener presente que el relato de las víctimas será unívoco, en relación a lo que a ella le sucedió.

Pero analizando en conjunto la prueba, se advierte que las dos personas ingresan armadas y eso hace que se aumente la sensación de inseguridad de las víctimas.

Reitera las peticiones de las penas señaladas en el auto de apertura.

En la réplica mantiene la solicitud de la aplicación de la agravante. Los dos acusados buscan al actuar en conjunto protegerse, darse cobertura con el objeto de obtener los resultados.

NOVENO: Modificatorias concomitantes al hecho punible. Que respecto de la circunstancia agravante de responsabilidad prevista en el N° 3 del artículo 456 bis del Código Penal, esto es, ser dos o mas los malhechores, el Tribunal la acogerá, toda vez que se reúnen en la especie los requisitos normativos que la hacen procedente.

En efecto, ésta concurre por el sólo hecho de actuar dos o más sujetos en calidad de autores en el hecho por el que se dedujo acusación, sin ser relevante que aquéllos tengan habitualidad en la comisión de delitos.

Que como se comunicó en el veredicto, perjudica a los acusados dicha agravante, la que se tiene por acreditada al haber participado en el ilícito dos personas quienes actuaron materialmente en el momento de la apropiación, lo que dadas las circunstancias de cómo ocurrió el hecho redundó en una mayor seguridad en la comisión del delito, pues uno de los acusados permaneció en la puerta lógicamente con el objetivo de vigilar y de evitar la salida de las personas desde el interior y el otro ingresó hasta el fondo del local; dicha división de funciones tuvo por objeto limitar las posibilidades de accionar de los afectados constituyendo así dadas las circunstancias de este caso, la presencia de más de un hechor una ventaja, al haberse percatado de dicha situación el dueño del local y las dos personas que había en su interior.

Señala el profesor Etcheberry que el fundamento de la agravante de pluralidad de malhechores 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.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 7, 11N°6 y 9, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 24, 25, 28, 30, 47, 50, 68, 68 bis y 69, 432, 436 inciso 1°, 439 y 456 bis N° 3 del Código Penal; 1, 45, 46, 47, 52, 275, 281, 295, 296, 297, 306, 307, 309, 310, 314, 315, 319, 323, 325, 328, 329, 330, 333, 338, 339, 340, 341, 342, 344, 345, 346 y 348 del Código Procesal Penal, y en los artículos 15, 16, y 17 de la Ley 18.216, se declara:

I.- Que se condena a MARCELO ALFREDO ROJAS VALENZUELA, ya individualizado, a la pena de CUATRO AÑOS de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y a JAVIER ANTONIO ROJAS SOTO, ya individualizado, a la pena de SEIS AÑOS de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, ambos como co-autores del delito consumado de robo con intimidación, en perjuicio de Paula Alejandra Reyes Reyes y Francisco Enrique Rojas Cabrerías, perpetrado el 24 de marzo de 2006, en la ciudad de Santiago, y al pago de las costas de la causa.

II.-Que respecto del sentenciado Marcelo Alfredo Rojas Valenzuela, el informe evacuado por la Asistente Social da cuenta de las malas condiciones económicas en que se encuentra y, además, de estar privado de libertad se le exime del pago de las costas.

III.- Que, se decreta el comiso de la pistola a fogueo, marca Valtro, color negro, y el revólver marca Smith&Wesson, las que deberá remitirse a los arsenales de guerra, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 23 de la Ley Nº 17.798.

IV.- Que se concede al sentenciado Marcelo Alfredo Rojas Valenzuela el beneficio de la libertad vigilada, debiendo quedar sujeto por el término de la condena al tratamiento y observación del delegado de Libertad Vigilada que señale Gendarmería de Chile y cumplir con las demás condiciones establecidas en el artículo 17 de la mencionada Ley.

En el evento que le fuere revocado el beneficio, deberá cumplir efectivamente la pena corporal inicialmente impuesta, sirviéndole de abono el tiempo que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad desde el 24 de marzo del año 2006.

V.- Que no se concede al sentenciado Javier Antonio Rojas Soto, beneficio alguno de la Ley 18.216 por no reunir los requisitos para ello, en consecuencia el sentenciado deberá cumplir la pena corporal impuesta, real, íntegra y efectivamente, sirviéndole de abono el tiempo que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad desde el 24 de marzo del año 2006.

D) Criterios observados

1. Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal

1.1. La atenuante del artículo 11 Nº 6 del Código Penal en la jurisprudencia de la reforma procesal penal.

En general, el análisis de las sentencias emanadas tanto de los Juzgados de Garantía, como de los Tribunales Orales en lo Penal, permite señalar que esta atenuante es reconocida teniendo en consideración el aspecto negativo de la expresión

“irreprochable” que utiliza el legislador, es decir, tomando en consideración que el sujeto no haya sido condenado penalmente en el pasado, antes de la comisión del delito, pero dejando excluido el aspecto positivo de la expresión, que requiere que el sujeto haya tenido un comportamiento ético- social adecuado a sus semejantes. La irreprochable conducta anterior se aplica por un extracto de filiación exento de anotaciones anteriores. Los jueces analizan dicho extracto de filiación y conceden la atenuante en comento por la sola falta de antecedentes penales anteriores.

Sin embargo, cuando la atenuante es solicitada por la defensa como muy calificada, los jueces analizan el aspecto positivo de la expresión “irreprochable” extendido al campo de la moral y las buenas costumbres, entendido en un sentido social, como ya se explicó, pues la ley no puede inmiscuirse en la moralidad privada de los ciudadanos, mientras ella no repercuta en su actuación social.

En nuestros más altos tribunales puede, sin embargo, encontrarse jurisprudencia que exige el aspecto positivo de esta atenuante no sólo para considerarla muy calificada, sino también para su concurrencia simple. Llama la atención que en este caso se ponga a la defensa en posición de acreditar un hecho negativo; la falta de conductas socialmente reprobables en la vida del imputado.

1.2. La atenuante del artículo 11 Nº 9 del Código Penal en la jurisprudencia de la reforma procesal penal.

Luego de la sistematización de la jurisprudencia emanada de los juzgados de garantía como de los Tribunales Orales en lo Penal, se puede concluir que hay por lo menos dos criterios a la hora de abordar la concurrencia de la atenuante. El primero, emana de lo dispuesto en el artículo 407 inciso tercero del Código Procesal Penal que faculta al fiscal a considerar como suficiente para estimar que concurre la atenuante en comento, la aceptación de los hechos conforme a lo establecido por el artículo 406 inciso segundo del Código Procesal Penal. Es así, como parte de los Tribunales aplican la atenuante por la sola aceptación de un procedimiento abreviado. El segundo criterio indaga en que la colaboración sea **sustancial**, y por lo tanto, exige más que la expresa aceptación de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren.

2. Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal

2.1. La agravante del artículo 12 Nº 16 del Código Penal.

En cuanto a esta agravante, encontramos en la jurisprudencia diferentes criterios al momento de considerar si el hurto y los robos por sorpresa, con fuerza en las cosas, y con intimidación o violencia en las personas son o no de la misma especie. Los criterios relevantes fueron los siguientes:

2.1.1. El robo por sorpresa y el robo con intimidación en las personas son de la misma especie.

La jurisprudencia que plantea esta hipótesis la fundamenta en que la identidad de especie de dos delitos se determina, principalmente, por la identidad de bien jurídico protegido por ambos tipos penales, y requiriendo también una semejanza en el modo de ataque. En el caso del robo por sorpresa y el con intimidación en las personas, se cumplirían ambos requisitos, ya que el bien jurídico protegido es el mismo, y el modo de ataque sería similar, debido a que tanto la sorpresa como la intimidación permiten prevalerse de la indefensión de la víctima anulando sus defensas.

2.1.2. Los delitos de robo con intimidación y robo con fuerza no son de la misma especie.

Esta jurisprudencia también parte de una identidad en el bien jurídico protegido entre ambos delitos, pero exige una similitud en la peligrosidad de los medios comisivos. Ésta no se produce, debido a que en un robo con fuerza en las cosas no existe la amenaza actual y directa de un daño, lo que sí sucede en un robo con intimidación.

2.1.3. Los delitos de robo con fuerza y hurto no son de la misma especie.

La jurisprudencia que sostiene este criterio tiene fundamento un fundamento similar al de la reseñada en el punto 1.1., añadiendo que en las hipótesis agravadas de atentado contra la propiedad son delitos pluriofensivos, en los cuales, además de la

propiedad, se protegen la integridad física o la inviolabilidad del hogar de la víctima, por lo que no existiría una identidad de bienes jurídicos protegidos entre estos delitos y el hurto.

2.1.4. Los delitos de hurto y robo son de la misma especie.

Esta jurisprudencia, contrariamente a la que realiza distinciones en cuanto a los medios comisivos de los distintos delitos, no realiza análisis alguno al respecto, señalando simplemente que la anterior comisión de un hurto justifica la aplicación de esta agravante al momento de dictar sentencia por la perpetración de un robo con fuerza en las cosas, aparentemente por la identidad del bien jurídico protegido que existe entre delitos que se encuentran en el mismo párrafo del Código Penal, en este caso, la propiedad.

2.1.5. La constitucionalidad del artículo 12 Nº 16 del Código Penal.

En el fallo reproducido al respecto se encuentran, en la decisión del tribunal el criterio que defiende la potestad soberana del legislador de establecer la agravante de reincidencia como medida político criminal, y en el voto disidente la postura que sostiene que tal norma lleva a un derecho penal de autor incompatible con el estado de derecho.

3. Disposiciones modificatorias de la responsabilidad penal relativas a las circunstancias de comisión

3.1. La agravante del artículo 450 inciso segundo del Código Penal.

3.1.1. Jurisprudencia que no da aplicación al artículo 450 inciso segundo del Código Penal.

El primer criterio esgrimido para no dar aplicación a esta disposición alude exclusivamente al robo con violencia o intimidación. Señala la Corte de Apelaciones de Temuco que “debe considerarse que el artículo 450, inciso segundo, previene Serán castigados con presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado máximo, los culpables de robo o hurto cuando hagan uso de armas o sean portadores de ellas, siempre que no les corresponda una pena mayor por el delito cometido...”, aludiendo a la antigua redacción de esta norma. La improcedencia de su aplicación deriva de que el robo

con violencia o intimidación tenía la misma pena de esta figura especial, no correspondiendo entonces su aplicación. No podría agravarse la pena por la circunstancia del porte de armas sin infracción al artículo 63 del Código Penal.

El segundo criterio se refiere al robo con violencia. Al ser el uso de un arma inherente y consustancial con la violencia y, eventualmente, a las consecuentes lesiones infundidas a las víctimas, el principio non bis in idem establecido en el artículo 63 del Código Penal prohíbe aumentar la pena, ya que se estaría sancionando dos veces el mismo hecho, el empleo del arma, como si fuera uno independiente de la violencia ejercida, y no el medio necesario para cometer el delito.

El tercero se no difiere mayormente del anterior, aplicándose esta vez a la intimidación en esa especie de robo.

En ambos casos los fallos matizan considerando unos el porte y uso de armas como elementos inherentes al tipo penal, y otros aludiendo a que únicamente fue el medio utilizado en cada caso concreto.

3.1.2. Jurisprudencia que da aplicación al artículo 450 inciso segundo del Código Penal.

El criterio utilizado por esta jurisprudencia consiste en considerar que, no siendo en absoluto de la esencia de los delitos de hurto y robo su comisión mediante el uso de armas, el legislador estableció esta agravante precisamente para el caso de que el delincuente decida cometer estos delitos portando o mediante armas, teniéndose en consideración, para el caso del robo con violencia o intimidación en las personas, que se trata de delitos pluriofensivos.

3.2. La agravante especial del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal

3.2.1. Concepto de malhechor

3.2.1.1. Malhechor como delincuente habitual

Esta jurisprudencia recurre a un criterio que podríamos llamar literalista. La Real Academia de la Lengua define como malhechor al “que comete un delito, y especialmente que los comete por hábito”. Sobre esta base, se ha exigido que se acredite la participación culpable, con todos los requisitos que ello implica, de quien participa materialmente en el hecho punible, así como la existencia de anotaciones penales anteriores.

3.2.1.2. Malhechor como delincuente no habitual

Esta jurisprudencia atiende a que la ratio legis de la agravante se encuentra en la mayor seguridad que proporciona a los delincuentes el hecho de actuar en grupo, así como la disminución de posibilidades de defensa y el aumento del peligro que corre la víctima, razón que se satisface con la mera participación material en los hechos de más de una persona, sin importar su conducta previa.

3.2.2. Diversos criterios utilizados por la jurisprudencia para no dar aplicación a la agravante del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal.

3.2.2.1. La agravante no concurre, pues uno de los sujetos fue declarado sin discernimiento.

Este criterio se deriva del concepto anteriormente expuesto de malhechor como delincuente, con todos los requisitos que ello conlleva, incluida la imputabilidad.

3.2.2.2. La agravante no concurre, pues en la acusación se debe precisar la actuación de los malhechores.

Este criterio se aparta de la exclusión de la agravante por no revestir los demás hechos la calidad de delincuentes, y se acerca a la postura que excluía la agravación de la pena por el hecho de usarse armas, al poder ser la actuación grupal misma el medio de cometer el delito, por lo que se haría necesario incluir en la acusación de qué manera el actuar de más de un malhechor incrementó la peligrosidad para la víctima. De este modo, de no acreditarse un efectivo incremento en el injusto se estaría violentando el criterio *non bis in idem* establecido en el artículo 63 del Código Penal.

3.2.2.3. La agravante no concurre, pues no hubo mayor indefensión para la víctima

Este criterio se basa también en no existir la *ratio legis* en el caso concreto. Consistiendo la *ratio legis* en el mayor peligro para la víctima, la anulación de sus posibilidades de defensa y el aseguramiento de la impunidad de los hechos, no aumenta realmente el injusto en cuatro situaciones

La primera, sucede cuando el robo es con fuerza en las cosas, y la víctima no se encuentra presente.

La segunda, sucede cuando la mera circunstancia de la pluralidad de malhechores no genera una mayor indefensión para la víctima, especialmente cuando existe más de una víctima.

En el tercer caso, la presencia de otro malhechor se considera irrelevante si existe una fuerza mayor, como el uso de un arma de fuego, para disminuir las posibilidades de defensa de la víctima.

Finalmente, tampoco aumenta el disvalor de la acción el hecho de ser más de uno los partícipes, cuando éste se verifica en la fase de agotamiento del delito, y no durante la apropiación misma.

3.2.2.4. La agravante no concurre, pues la pluralidad ya fue considerada para determinar la calidad de autores de los sujetos basada en el concierto previo

Este criterio, de exposición no muy desarrollada en la jurisprudencia, señala al otorgarse a ambos sujetos la calidad de autores por el concierto previo entre ellos para la comisión del delito, considerar nuevamente la circunstancia de ser más de uno los delincuentes para agravar la pena vulneraría el principio *non bis in idem*.

3.2.3. Diversos criterios utilizados por la jurisprudencia para aplicar la agravante del artículo 456 bis del Código Penal

3.2.3.1. La agravante concurre aunque el otro imputado no haya sido acusado en la misma audiencia de autos

En esta jurisprudencia se establece que no es necesario que ambos imputados sean acusados en la misma audiencia de juicio para que concorra la agravante, si uno de ellos ya fue juzgado y condenado por el mismo delito. Se sostiene que de considerarse al contrario, quedaría al arbitrio de los imputados la configuración de la agravante, decidiendo si se presentan o no al juicio.

3.2.3.2. La agravante concurre, pues se limitó las posibilidades de defensa de la víctima por la concurrencia de pluralidad de malhechores y no por el uso de armas

Se sostiene que concurre la agravante por la participación material de más de un malhechor en el delito, aunque se cometa mediante el uso de armas, si se estima que esta circunstancia a limitado las posibilidades de defensa de la víctima, por así considerarse por el legislador.

3.2.3.3. La agravante concurre, pues la pluralidad de malhechores produjo mayor indefensión y peligro para la víctima y aseguró la impunidad.

El criterio fundamental para esta jurisprudencia es considerar, al igual que en casos en que no concurre la agravante, que se fundamenta en el agravamiento del peligro para la víctima, la limitación de las posibilidades de defensa y el aseguramiento de la impunidad para los delincuentes, no siendo la agravante una cuestión numérica, pero en situaciones concretas en que sí se dieron estas circunstancias.

Capítulo III

Recalificación de delitos de robo con violencia o intimidación y de robo con fuerza en las cosas en figuras menos gravosas.

A) Consideraciones Generales

En este apartado se expondrán una serie de problemas doctrinarios y jurisprudenciales de naturaleza diversa, pero que tienen en común el constituir criterios de delimitación de los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas y de robo con fuerza en las cosas. En nuestro análisis jurisprudencial se presentó como una materia particularmente disputada por los intervinientes en el proceso penal. No se hará, tal como se dijo en la introducción de este trabajo, un análisis ni una exposición exhaustiva de los elementos de cada delito, sino que se expondrán los criterios que han tenido relevancia al momento de calificar hechos por la jurisprudencia, ordenándose esto según la figura que es recalificada por el tribunal, o cuya recalificación se desestima.

El artículo 432 del Código Penal define y delimita los delitos de robo con violencia o intimidación y de robo con fuerza en las cosas:

Artículo 432: *“El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo...”*

Se complementa esta norma con el artículo siguiente:

Artículo 433: *“El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado:*

1° Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, N° 1°.

2° Con presidio mayor en su grado medio a máximo, cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por más de un día, o se cometieren lesiones de las que trata el N° 2° del artículo 397”.

En el caso del robo con violencia o intimidación, el tipo objetivo se compone, entonces, de:

a) La apropiación, que consiste una actividad dirigida a desplazar el bien desde el ámbito de la protección material del dueño a la del agente, lo que también es denominado sustracción. Se compone de dos actos; el quebrantamiento de la esfera de custodia de la víctima, y la constitución de una nueva custodia en poder del agente. Cuando no llega a establecerse la nueva custodia, en delito queda en grado de tentativa.

La esfera de custodia es una noción normativa que comprende “el espacio hasta dónde el dueño del bien puede hacer efectiva su facultad de usar, gozar o disponer del bien”²¹, lo que no exige que se esté en contacto físico con la cosa. El tratamiento doctrinario y jurisprudencial que se realiza de este elemento se expondrá con mayor detalle en el apartado referido al iter criminis en los delitos de hurto y robo, casos en que la calificación del delito que se hace se refiere más al artículo 7 del Código Penal que al tipo contenido en la parte especial.

b) El objeto material del ataque debe ser²²:

- Una cosa corporal, excluyéndose algunas como la energía, los gases y el agua que no se encuentren en recipientes.

- Una cosa mueble, entendiéndose por tales las que pueden transportarse, y sin excluir aquellas que el artículo 570 del Código Civil reputa muebles.

- Una cosa ajena, en el sentido de que la cosa debe tener un dueño, aunque se ignore su identidad.

²¹ Garrido Montt, op. cit. t. IV, p. 150.

²² Garrido Montt, op. cit. t. IV, pp. 152 y ss.

- Una cosa con valor económico, lo que se desprende de que los artículos 446 y 494 bis del Código Penal regulen la pena del hurto según el valor de lo sustraído.

- Falta de consentimiento del dueño.

c) La violencia o intimidación, que el artículo 439 del Código Penal define conjuntamente, como “los malos tratamientos de obra, las amenazas, 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. Hará también violencia el que para obtener la entrega o manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público”.

La concurrencia de violencia o intimidación en el apoderamiento se tratará de manera especial en los apartados que siguen, por ser unos de los puntos más debatidos al momento de calificar los delitos de apoderamiento.

En cuanto al robo con fuerza en las cosas, los artículos 440 a 443 del Código Penal distinguen tres hipótesis de este delito, con distinta penalidad, atendiendo al lugar de comisión, que puede ser uno habitado o destinado a la habitación, no habitado, o un bien nacional de uso público o lugar no destinado a la habitación. La violencia o intimidación es reemplazada por una serie de hipótesis de fuerza en las cosas según el lugar de comisión.

Artículo 440: *“El culpable de robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, sufrirá la pena de presidio mayor en su grado mínimo si cometiere el delito:*

1° Con escalamiento, entendiéndose que lo hay cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas.

2° Haciendo uso de llaves falsas, o verdadera que hubiere sido sustraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo.

3° Introduciéndose en el lugar del robo mediante la seducción de algún doméstico, o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad’.

Artículo 442: *“El robo en lugar no habitado, se castigará con presidio menor en sus grados medio a máximo siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

1a. Escalamiento.

2a. Fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados.

3a. Haber hecho uso de llaves falsas, o verdadera que se hubiere substraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo o abrir los muebles cerrados’.

Artículo 443: *“Con la misma pena señalada en el artículo anterior se castigará el robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en sitio no destinado a la habitación si el autor hace uso de llaves falsas o verdaderas que se hayan substraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes o si se procede, mediante fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección o si se utilizan medios de tracción.*

Si con ocasión de alguna de las conductas señaladas en el inciso anterior, se produce la interrupción o interferencia del suministro de un servicio público o domiciliario, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, la pena se aplicará en su grado máximo’.

El tipo subjetivo en estos delitos consiste en el ánimo de lucro.

B) Aspectos doctrinarios relevantes en la delimitación de los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas y robo con fuerza en las cosas

1. El robo simple con violencia o intimidación

1.1. La violencia o intimidación deben estar dirigidas a la apropiación

En este apartado se plantea el problema relativo a si basta la existencia tanto de una apropiación como de una violencia o maniobra intimidatoria, como ocasionalmente se sostiene por el Ministerio Público, o si es necesaria la existencia de un vínculo teleológico entre ellas.

La doctrina es conteste en que no basta la concurrencia de las amenazas o de la violencia conjuntamente con la apropiación, sino que debe haber una relación subjetiva con la apropiación o la impunidad del hecho.

Garrido Montt sostiene “La violencia o la intimidación han de estar relacionadas subjetivamente con la apropiación o con la impunidad del hecho, pues de no mediar esa conexión ideológica esas acciones podrían constituir dos delitos independientes; hurto y lesiones (...) La violencia debe ser dolosa, de manera que no constituye robo con violencia en las personas el daño o lesión física que se cause a la víctima, cuando tal consecuencia es producto de un caso fortuito o de una simple culpa del que trata de apropiarse de una cosa ajena, sin perjuicio que por la culpa responda por el cuasidelito de lesiones separadamente...”²³

Etcheberry señala que “Subjetivamente, la violencia debe estar en relación de medio a fin con la realización misma del delito o con su impunidad: debe haber sido ejercida para facilitar o cometer el robo o para procurar su impunidad. Si la violencia responde a otro motivo, habrá un delito de hurto en concurso con el respectivo delito contra las personas o la libertad”.²⁴

Bascuñan va más allá y sostiene que “partiendo de la concepción del robo como coacción es evidente que la relación existente entre violencia o intimidación y apropiación no es subjetiva sino funcional. La violencia y la intimidación son los medios coercitivos con cuyo ejercicio se produce alguno de los resultados de coacción que hacen posible o facilitan la apropiación. Vistas así las cosas, es evidente que la insistencia doctrinaria en

²³ Garrido Montt, op. cit. t. IV, pp. 192-193.

²⁴ Etcheberry, op. cit. t. III, p. 336.

la constatación de un puro nexo subjetivo –además del cronológico- constituye una disminución de los requisitos que den ser satisfechos para la realización del tipo de robo.

A la luz del tenor literal del Código Penal, es cierto que este es el único requisito funcional exigido por el principio de legalidad como presupuesto de la penalidad del robo (El art. 342 exige que la apropiación se cometa “usando” la violencia o intimidación. El art. 433 exige que el uso de la violencia o intimidación previo a la apropiación y el uso posterior tengan lugar “para” el logro de ciertos fines. Por su parte, el art. 439 igualmente exige sólo el uso “para” la obtención de ciertos resultados. La exigencia cronológica es la única de carácter objetivo. Así pues, desde el punto de vista del principio de la legalidad, las exigencias funcionales pueden entenderse satisfechas en el puro plano subjetivo). No obstante, cuando se sume que el robo es coacción, surge inmediatamente como cuestión crucial si es necesario constar una relación causal objetiva, en el sentido que la coacción efectivamente haya posibilitado la apropiación, o si basta con que el autor haya ejercido la coacción para posibilitar la apropiación. Y la respuesta correcta debe ser la primera; la mera exigencia de un nexo subjetivo, radicalmente asumida, equivaldría a admitir incluso la punición de la tentativa inidónea de coacción como delito consumado de robo, si hubiera habido apropiación”.²⁵

1.2. Existencia y entidad de la maniobra intimidatoria

Otro aspecto, muy relacionado con el anterior, es la existencia y la entidad de la maniobra intimidatoria. Se estableció en el apartado anterior que la doctrina exige de manera unánime la existencia de un vínculo teleológico entre la violencia o intimidación y la apropiación, presentándose a continuación el problema de qué tipo de maniobras o conductas conducentes a la apropiación son suficientes para configurar el delito de robo simple.

Etecheberry señala al respecto que “La violencia debe ser real y efectivamente desplegada contra una persona viva (aunque no necesariamente contra la misma víctima de la apropiación). Pero de conformidad con el amplio texto del artículo 439, hay también violencia o intimidación en “cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar la manifestación o entrega”. De este modo, es suficiente la simulación de violencia efectiva,

²⁵ Bascuñan, Antonio. El robo como coacción, en Revista de Estudios de la Justicia, p. 86.

si ella es idónea (amenazar con revólver descargado, o con un puñal de utilería), pues tales actos producen en la víctima la misma reacción paralizante que la violencia efectiva o su amenaza (...)²⁶

El solo temor que la víctima experimenta de que puedan emplearse armas u otros medios violentos no es suficiente para transformar el hurto en robo, si no ha habido por parte del hechor una amenaza explícita o implícita (exhibición de las armas, actitudes o voces amenazadoras, etc.)

Garrido Montt trata ambos conceptos separadamente. “Se distingue entre violencia propia e impropia, la primera (*vis in corpore*) alude al acometimiento material que sufre una persona, acometimiento en relación al cual existe acuerdo que conforma la violencia inherente al delito de robo (sujetar a una persona, golpearla, lanzarla al suelo, herirla, constituyen violencia para el delito de robo). Es la segunda, la impropia, la que se margina como hipótesis de robo, que consistiría en emplear medios que constriñen la mente de la víctima, que afectan a su voluntad, como los narcóticos, los estupefacientes, el hipnotismo y semejantes, siempre que al emplearlos no se haya recurrido a la fuerza física (...)

Se distingue tratándose de la violencia, entre la directa y la indirecta. La directa es la fuerza física dirigida de manera inmediata en contra de la persona, en tanto que la indirecta es aquella que se ejercer sobre las cosas, y que únicamente de manera mediata podrá afectar a la persona. La exclusión de esta última del concepto de “violencia” radica en que si hubiera sido esa la intención del legislador, habría sido innecesario hacer referencia a la intimidación, donde esa clase de coacción quedaría comprendida”.

“Intimidación” en el delito de robo es la amenaza dirigida a una persona, de que se le inflingirá un mal de manera inmediata si no procede a la entrega de una cosa mueble o renuncia a impedir que quien la expresa se apropie de esa cosa, de manera inmediata a su vez. Esa amenaza debe poseer la adecuada intensidad para constreñir a la víctima para que se comporte en la forma recién indicada, y debe consistir en un mal que se inferirá precisamente en el momento de la negativa del amenazado a hacer aquello que se le solicita, no en el futuro, de allí la exigencia de la inmediatez (...)

²⁶ Etcheberry, op. cit. t. III, pp. 336-367.

La diferencia de la violencia con la intimidación radica en que esta última consiste en una agresión física, en un acometimiento material, en tanto que la intimidación no es una agresión material, sino una manera de afectar la libertad de decisión, de lesionar la libre formación de la voluntad de la víctima. La intimidación puede realizarse mediante palabras (te mato si no me das tu dinero) o por hechos (poner la daga en el cuello del sujeto pasivo y pedirle el reloj de oro).

La proximidad en el tiempo (inmediatez) de la amenaza en cuanto al mal a provocar, como en cuanto al apoderamiento de la cosa que con ella se pretende obtener, es lo que marca la diferencia con el delito de amenaza descrito en art. 296.²⁷

Bascuñan entiende la violencia en el robo desde la perspectiva de la coacción: “...Es también un hecho conocido en la doctrina que la *vis* absoluta no admite graduación, sino que su ejercicio da lugar más bien a una cuestión de todo o nada: o bien hay supresión de la capacidad de formación o de ejecución de la voluntad, o bien no hay coacción en relación con el resultado perseguido. De aquí que los intentos de la doctrina por restringir en el robo el ámbito genérico de la violencia gravemente coercitiva adopten criterios diversos, todos ellos más o menos arbitrarios en relación con la consideración funcional de la violencia, sin que ninguno se haya convertido en dominante”.²⁸

Existe coincidencia en la doctrina en cuanto a que la intimidación debe estar dirigida a constreñir la libertad de la víctima, pero no está conteste la doctrina en cuanto a que la violencia deba tener la misma dirección. En concepto de Etecheberry y Garrido Montt basta con que se dirija teleológicamente a la apropiación, mientras que en el de Bascuñan debe ser una forma de coacción.

1.3. Teorías subjetivas y objetivas respecto a la intimidación

En este apartado se plantea el problema relativo a que si la intimidación requiere una efectiva puesta en peligro de bienes jurídicos personalísimos, en lo que se ha denominado teoría objetiva, o si basta para su concurrencia la existencia que se

²⁷ Garrido Montt, op. cit. t. IV, pp. 184-187.

²⁸ Bascuñan, op. cit. p. 110.

despliegue una maniobra que, orientada a la apropiación, ocasione en la víctima un temor suficiente de ser sometida a algún mal, como lo sostiene la teoría subjetiva.

Mayoritariamente, la doctrina se inclina por la teoría subjetiva. En tal sentido, Etecheberry expresa: “Pero de conformidad con el amplio texto del Art. 439, hay también violencia o intimidación en “cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar la manifestación o entrega”. De este modo, es suficiente la simulación de violencia efectiva, si ella es idónea (amenazar con un revólver descargado, o con un puñal de utilería), pues tales actos producen a la víctima la misma reacción paralizante que la violencia efectiva o su amenaza.

No es estrictamente necesario que de la violencia derive un daño efectivo para el cuerpo o la salud de la víctima (v.gr., si solamente se le ha atado o sujetado). Si de hecho resultan tales consecuencias dañosas, el delito de robo absorbe la penalidad del homicidio o las lesiones que resulten, y precisamente las distintas variedades de esta clase de robo se clasifican en atención a la gravedad de sus consecuencias con respecto a la vida o salud de la víctima”²⁹

Garrido Montt señala que “no debe confundirse la intensidad de la violencia o intimidación empleada con su idoneidad; pueden ser inidóneas, como un revólver de fogueo, un artefacto explosivo simulado, pero que a la víctima le parezcan reales. Lo que interesa es que afecte a la libertad del sujeto pasivo, que le impida reaccionar en su defensa coaccionado por el medio. Es suficiente que se trate de comportamientos que sean eficaces para amedrentar o atemorizar a la víctima, con independencia de que sean materialmente adecuados para herir o maltratar a una persona, porque la eficacia o aptitud del medio no interesa en este punto”³⁰

Como se exponía en la última sentencia citada, la teoría subjetiva de la intimidación es sostenida en nuestro país principalmente por Jorge Mera Figueroa, quien da los siguientes fundamentos a su postura, que no se han explicitado adecuadamente en la jurisprudencia que lo sigue:

²⁹ Etecheberry, op. cit. t. III, p. 336.

³⁰ Garrido Montt, op. cit. t. IV, pp. 189-190.

“La estructura y el sentido del robo con violencia o intimidación en las personas se oponen, a nuestro juicio, a que se considere la libertad de actuación como un bien jurídico de tanta entidad como para dar lugar a aquella figura.

En efecto, el robo con violencia o intimidación es una figura residual, en relación con el robo calificado, que debe ser interpretado dentro del contexto general de la figura. En las situaciones que se contemplan como robo calificado se construye la figura compleja y pluriofensiva sobre la base de que el ataque a la propiedad se realiza en circunstancias que entrañan la lesión de bienes jurídicos más estimables (vida, integridad corporal, libertad sexual y libertad personal, en los casos en que las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por más de un día).

Es cierto que el art 436 (robo simple) sanciona los robos ejecutados con violencia o intimidación en las personas que no se encuentren contemplados en los artículos anteriores, entre los que se cuenta el robo calificado. Podría argüirse, entonces, que la apropiación de las cosas realizada mediante una intimidación como de la que se viene hablando es una de las situaciones constitutivas de robo simple, puesto que no se encuentra castigada como robo calificado. Sería un argumento muy simplista. Para mantener una interpretación sistemática, debe concluirse que el empleo de la violencia o de la intimidación, en la figura de robo simple, debe estar relacionado con los bienes jurídicos que, además de la propiedad, integran el robo calificado; concretamente la vida y la integridad corporal (...)

La diferencia con esta última figura no radica, por lo tanto, en que el empleo de la violencia o intimidación suponga en el robo simple un atentado en contra de bienes jurídicos diferentes a los señalados en el robo calificado (como por ejemplo, la libertad de actuación o el sentimiento de tranquilidad o seguridad), sino en algo diverso, a saber, que la afectación de la seguridad física de las personas se dé en un grado menor de lo que ocurre en la figura más grave.

Sólo así, pensamos, se mantiene la coherencia con el sentido general del robo con violencia o intimidación, en sus diferentes formas. La incorporación de la libertad de actuación, como un nuevo bien jurídico, integrante de la figura compleja del robo con violencia o intimidación simple, rompe la estructura y el sistema del Código en esta

materia, y de hecho su única explicación sería la de permitir la calificación como robo de una apropiación conseguida a través del empleo de una intimidación como la referida. A nuestro juicio, tal solución no se encuentra valórica, dogmática ni política criminalmente fundada (...)

En efecto, aunque se reconociera, para los fines del análisis, que la afectación de la libertad de actuar constituye un plus con relevancia jurídico penal, ello no autorizaría a considerar como robo las apropiaciones cometidas con este medio.

Lo contrario significaría infringir el principio de proporcionalidad, toda vez que se colocaría en un mismo rango valórico a la seguridad física (vida e integridad corporal) y a la libertad de actuación, al derecho de autodeterminación, referido, en este caso a la disposición de los bienes. Parece evidente que el injusto constituido por la apropiación o peligro de la seguridad física representa un desvalor de suyo superior al que tienen las apropiaciones de cosas obtenidas mediante intimidación, en circunstancias tales que se afecte únicamente la libertad de disposición de los bienes. Sancionar a título de robo también este último sería desproporcionado. No existiría relación entre la pena y la conducta realizada. Tan grave como poner en peligro la vida o integridad física de las personas sería el hecho de afectar la libertad de actuación en relación con el patrimonio, lo que no parece racional. Una interpretación semejante es contraria, por lo demás al sistema del Código Penal. En efecto, la libertad de actuación es un bien jurídico que goza de escasa protección penal...³¹

La tesis de Mera es rebatida por Bascuñan: "La oposición "subjetivo-objetivo" que esgrime retóricamente esta tesis es también refutable. Una acción de coacción mediante amenaza que logra constreñir la voluntad del coaccionado implica una lesión de su libertad. No es un resultado que tenga necesariamente una dimensión corporal, pero esto no lo hace menos objetivo. La coacción mediante amenaza es un fenómeno comunicacional, y en esa medida una cuestión de sentido. En tanto sea intersubjetivamente reconocible, es una cuestión objetiva.

³¹ Mera Figueroa, Jorge. Hurto y robo. Estudio dogmático y político criminal. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. Pp 136 y ss.

Finalmente, es obvio que los requisitos de “idoneidad” y “efectividad” de la amenaza, exigidos por esta tesis, no tienen un sentido predeterminado. Que cuente como idóneo o efectivo depende de cuál sea el fin perseguido. Cuando una amenaza es un medio de coacción, su idoneidad y efectividad se miden en función de su adecuación para producir ese resultado de coacción. Una amenaza atemorizante es coercitivamente idónea y efectiva. Y eso es todo lo que cuenta, cuando se entiende que el robo es coacción”.

2. Recalificación de robos con fuerza en las cosas con base en el lugar de comisión

El robo con fuerza en las cosas comprende una multiplicidad de figuras que en doctrina se consideran hurtos. No poseen un gran número de elementos comunes, pero en general consisten en una multiplicidad de casos concretos en que se produce la apropiación en un lugar de ciertas características, mediando un medio de burlar los dispositivos de custodia dispuestos por la víctima para acceder a ellos y en ocasiones para sustraer la cosa, los cuales son denominados “fuerza”, si bien algo de ella es necesaria en todo delito y de apropiación, y pese a que algunas de estas modalidades no son tal en sentido estricto.

Al respecto, resulta particularmente interesante de qué manera califican la doctrina y la jurisprudencia cada uno; el lugar habitado o destinado a la habitación y sus dependencias, el lugar no habitado, el sitio no destinado a la habitación y el bien nacional de uso público, ya que la penalidad varía según el lugar de comisión, y es, en consecuencia, un elemento de importancia para la morigeración de las penas.

Etecheberry efectúa las siguientes distinciones:

“...pueden deducirse las siguientes conclusiones: 1) “Habitar” no es meramente “estar presente”, sino “tener morada” , entendida en el sentido de “Hogar doméstico”; 2) “Destinado a la habitación” es una expresión que indica el objeto a que de hecho se dedica un lugar, apreciado en el momento del robo: no alude al objeto que un lugar tenga dentro de los propósitos de quien lo construyó o de su propietario; 3) La expresión del Art. 440 “lugar habitado o destinado a la habitación” comprende, en consecuencia “todos

aquellos lugares en que una persona o grupo de personas tienen su hogar doméstico en el momento del robo”. El empleo de las dos expresiones debe haber tenido ciertamente hacerse cargo de las dificultades suscitadas a la época en la doctrina española. Así, se quiso comprender en esta disposición tanto el caso en que el grupo de personas en cuestión se encontrara efectivamente viviendo en el lugar en el momento del robo (lugar habitado) o estuviera accidental o temporalmente ausente (lugar destinado a la habitación); 4) La expresión “lugar no habitado”, a la época de dictación del Código Penal, comprendía, por exclusión, todos los otros lugares, tanto los “no habitados” como los “no destinados a la habitación”. En consecuencia, podría tratarse de lugares en los que hubiera personas materialmente presentes en el momento del robo (v.gr., templo, sala de espectáculos), o incluso lugares que en el designio de sus constructores o propietarios estuvieran destinados a ser habitados, pero que en el hecho no tuvieran tal destinación (v.gr., una casa recién construida en la que todavía no se ha instalado nadie a vivir); 5) La introducción de la frase “sitios no destinados a la habitación” en el nuevo texto del Art. 443 obliga a buscar un criterio de distinción entre los puntos comprendidos en el art. 442 y los regidos por el Art. 442, ya que en principio, de acuerdo con las conclusiones precedentes, los lugares “no habitados” (Art. 442) son a la vez “no destinados a la habitación” y viceversa. Es preciso, por consiguiente, entender esta última expresión en un sentido más amplio: “no destinado a la habitación sería el lugar que no sirve de morada a nadie en el momento del robo, pero que además no tiene por finalidad llegar a servir de morada, por su misma naturaleza. Sería prácticamente el caso de todos los lugares que no hubieran sido construidos para habitaciones. En cambio en el Art. 442 (lugar “no habitado”) quedarían solamente los lugares que en el momento del robo no sirven de morada a nadie, pero que por su naturaleza pueden servir de habitación (o sea, los lugares no habitados, pero habitables, como una casa deshabitada, una residencia veraniega durante la temporada invernal, un refugio montañoso, etc.); 6) Puede todavía señalarse una particularidad más: la redacción del art. 442 indica claramente que él se refiere siempre a un recinto cerrado, esto es, a una porción del espacio comprendida dentro de ciertos límites y protegida por ciertos reparos (paredes, cercos, techos, etc.), que impiden el acceso libre e indiscriminado. La entrada debe lograrse a través de ciertas vías especialmente destinadas a ello, y utilizando eventualmente determinados instrumentos (llaves). En cambio, en el Art. 443 el empleo de la expresión “sitio” en vez de “lugar” y su

equiparación a los bienes nacionales de uso público (como las plazas, calles, caminos, puentes) indican que puede también tratarse de puntos no cerrados o protegidos³².

En concepto de Garrido Montt, “Lugar habitado es aquel recinto cerrado o no, pero que está en alguna forma delimitado, y que una persona o un grupo de personas destina a la habitación, le da ese uso y, además en el momento en que se comete el delito está presente en él alguno de sus moradores...”

Lugar destinado a la habitación es aquel que cumple con las condiciones antes indicadas, o sea, se trata de un lugar ocupado como morada, pero que en los instantes en que el robo se comete sus moradores se encuentran ausentes, no están circunstancialmente en el lugar³³

Por dependencia de un lugar habitado o destinado a la habitación entiende que “Son aquellos recintos subordinados al lugar habitado, como los patios, jardines garajes y demás sitios y edificios contiguos a la construcción principal, en comunicación interior con ella, y con la cual forman un solo todo, de suerte que subordinación, contigüidad comunicación y la idea de conjunto son la características de las dependencias. Los sitios destinados a huertas o cultivos en general y a labores productivas no quedan comprendidos en la noción de dependencia, aunque en ellos se encuentre un recinto habitado³⁴.”

Efectúa la siguiente distinción entre lugar no habitado y sitio no destinado a la habitación: “...se considera lugar no habitado, en principio, aquel que no está destinado a ser morada de una persona en el momento que el delito se comete. Pero esa noción debe perfeccionarse teniendo en cuenta que en el art. 443 se hace referencia a sitios no destinados a la habitación lo que permite establecer en cuanto a los recintos no habitados una diferencia entre los que son lugares y los que son sitios. Lugares son, en consecuencia, aquellos recintos cerrados, con ciertas protecciones que impiden el libre acceso, en tanto sitios son espacios abiertos, sin protecciones especiales. En definitiva lugar no habitado es un recinto delimitado, con protecciones que le dan cierta reserva respecto de terceros, que además en el momento de comisión del delito no está sirviendo

³² Etcheberry, op. cit. t. III, pp. 320-321.

³³ Garrido Montt, op. cit. t. IV, p. 223.

³⁴ Garrido Montt, op. cit. t. IV, p. 223.

de morada a ninguna persona, sea que al constituirlo o demarcarlo se haya pensado en destinarlo a la habitación (una casa o un departamento recién construido pero que aun nadie ha ocupado para vivir o haya sido construido para fines de otro orden”³⁵.

C) Jurisprudencia relativa a la recalificación de delitos de robo con violencia o intimidación y robo con fuerza en las cosas

1. Robo simple con violencia o intimidación

1.1. La violencia o intimidación deben dirigirse a la apropiación

Tribunal Oral en Lo Penal de Antofagasta. 24 de noviembre de 2004, rit 137-04.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que, el Ministerio Público al deducir acusación, según se lee en el auto de apertura de juicio oral, la fundó en que con fecha 23 de mayo de 2004, siendo aproximadamente las 06:45 horas, en circunstancias que la víctima doña Rosario Barrera caminaba en dirección a su domicilio, al llegar a calle Alfonso Meléndez con Ramaditas, fue interceptada por el acusado por la espalda, quien procedió a colocarle un cuchillo a la altura del cuello exigiéndole la entrega de sus pertenencias; al no conseguir su objetivo, víctima e imputado comenzaron a forcejear, la primera a fin de defender su cartera y el segundo, con el objeto de sustraerla, logrando este último cortar el tirante de la cartera, dándose a la fuga con ella, la cual contenía un teléfono celular, documentos personales y la suma de \$ 5.000.

A juicio del Ministerio Público los hechos descritos configuran el delito consumado de robo con intimidación, ilícito previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, atribuyéndole al acusado la calidad de autor.

Señala que al acusado no le benefician atenuantes ni le perjudican agravantes.

El Ministerio Público, fundándose en la aplicación del artículo 72 del Código Penal, solicitó se imponga al acusado Cortés Fernández, la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo, las accesorias del artículo 28 del Código Penal y el pago de las costas de la causa.

En su alegato de apertura el ente acusador, anticipó que por la hora de ocurrencia de los hechos sólo la víctima tiene la condición de testigo presencial, ofendida que además ubicaba al imputado y por ello pudo recuperar en un tiempo inmediato una de sus especies: el celular.

³⁵ Garrido Montt, op. cit. t. IV, pp. 232-233.

SEXTO: Que la prueba a que se ha hecho referencia en el motivo que antecede, apreciada libremente produce en el tribunal la convicción necesaria para establecer, más allá de toda duda razonable, que en la madrugada del día 23 de mayo del presente año, alrededor de las 06:45 horas, en circunstancias que doña Rosario Barrera Olgún se dirigía hacia su casa caminando, el acusado Guillermo Alfredo Cortés Fernández la abordó por la espalda sorpresivamente tomándola por el cuello con una mano, en la que aparentemente portaba algo filoso y con la otra intentó quitarle la cartera que portaba y que contenía en su interior un teléfono celular, \$ 5.000 y su cédula de identidad, lo que no logró de inmediato porque la víctima, dándose vuelta, opuso tenaz resistencia a ello, produciéndose un forcejeo entre ambos, producto de lo cual el acusado logró cortar el tirante de la cartera y darse a la fuga con ella.

Los hechos así descritos configuran el delito de robo por sorpresa previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 2° del Código Penal, acogiéndose de este modo lo argumentado por la defensa.

SÉPTIMO: En efecto, se logró establecer que el acusado, abordó de manera sorpresiva a su víctima, forcejeó con su cartera y con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueña, se apropió de una especie mueble ajena, arrebatándosela de su poder, sin que se haya acreditado suficientemente la existencia de una maniobra intimidatoria de la envergadura necesaria como para turbar a la víctima y concluir que ella (la maniobra) fue el medio para obtener la apropiación, apoderamiento que en el presente caso se logró por el forcejeo del hechor con la cartera de la víctima, al punto que se la arrebató, no cuando la ofendida se la entregara, pues opuso resistencia a ello, sino cuando el acusado consiguió cortar su tirante.

El hecho que la víctima haya indicado que el acusado le colocó un objeto con filo en el cuello, el cual no pudo ver, pero concluir que fue así porque el chaleco usado por ella se encontraba rasgado a esa altura, no permitió al tribunal concluir – con la convicción necesaria para establecer un delito castigado tan severamente – que se haya ejercido intimidación en los términos descritos en el artículo 439 del Código Penal, más aún cuando del relato de la propia víctima se puede constatar que en definitiva tal amenaza –si la hubo– no surtió sus efectos desde que la ofendida no experimentó una coacción en su voluntad que la llevara a entregar la especie pues se opuso a pasarla, no existiendo palabra alguna siquiera por parte del agresor que condujera a exigírsela, la que obtuvo producto del forcejeo con la cartera y no con la víctima, no pudiéndose concluir entonces, que la especie se entregó en virtud de la supuesta intimidación.

En efecto, el abordar imprevisamente a la víctima por la espalda y tomarla por el cuello, cuando coetáneamente se ejercía fuerza sobre su cartera, a juicio del tribunal, carece de la intensidad necesaria para, por sí misma, entender que ha sido capaz o idónea para vencer la oposición de la víctima, constreñirla a manifestar la especie o bien impedir su resistencia u oposición a que se quite y, por lo mismo, es insuficiente para constituir la amenaza que permitiría la calificación de robo con intimidación pedida por el Ministerio Público.

La conclusión anterior es posible reforzarla con lo que al respecto señalan Politoff, Matus y Ramírez en la obra “Lecciones de Derecho Penal Chileno – Parte Especial” páginas 344 y 345: Además hay que destacar que la definición de intimidación

contemplada en el artículo 439 CP es de carácter amplio (“amenazas” y “cualquier acto” que pueda forzar a la manifestación o entrega), que debe comprenderse con el sentido que a esa voz le da el Diccionario, según el cual **la intimidación es tanto la “acción” como el “efecto” de “intimidar”, e intimidar es, desde el punto de vista de quien intimida, “causar o infundir miedo”, y desde del que es intimidado, “entrarle o acometer a uno el miedo”**. Puesto que miedo es “una perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo real o imaginario”, la intimidación supone una relación comunicativa en la que una persona perturba a otra haciéndole ver la posibilidad, real o imaginaria, de un riesgo o daño, esto es, amenazándola explícita o implícitamente (con “cualquier acto”).

Sólo a mayor abundamiento y aún cuando a modo de ejercicio intelectual se estimara intimidatoria la maniobra descrita por la víctima, ésta no estuvo conectada ideológica –en términos de medio a fin- con la apropiación que en definitiva se logró luego del forcejeo del acusado con la cartera de la víctima, al punto que la obtuvo cuando corta su tirante, de manera que por esa vía también se excluye la posibilidad de configurar un delito de robo con intimidación.

Tribunal Oral en Lo Penal de Santiago. 27 de diciembre de 2006, rit 238-06.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Acusación. Que los hechos materia de la acusación, según se lee en el auto de apertura, son los siguientes:

“Que el día 5 de octubre del año 2006, aproximadamente a las 10:45 horas, la víctima don Luis Omarquein Rivera, se dirigía a su trabajo para lo cual caminaba por calle Santa Amalia, y a la llegar a la intersección de calle Santa Raquel, todo esto en la comuna de La Florida, fue abordado por el imputado Galo Patricio Monterrichard Contreras, quien lo intimidó aparentando tener bajo sus vestimentas un fierro señalándole a la víctima que le entregara su billetera, sino de lo contrario lo golpearía con el fierro. Así mediando esta amenaza, el imputado se apropió de la billetera, en cuyo interior había \$9.000, todo ello con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueño, para darse a la fuga, siendo posteriormente detenido”.

Calificación jurídica y participación atribuidas: Que los hechos expuestos la Fiscalía los estima constitutivos del delito de robo con intimidación, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero del Código Penal, en relación con los artículos 432 y 439, del mismo cuerpo legal, en grado de consumado, perpetrado en calidad de autor por el acusado, según lo establecido en el artículo 15 N° 1 del Código en referencia.

Modificatorias de responsabilidad: Que en concepto de la Fiscalía no concurren circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

Pena solicitada: Pide el Ministerio que se imponga al acusado la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales del artículo 28 del Código Penal; y se le condene al pago de las costas de la causa.

CUARTO: Autodefensa. Que el acusado renunció a su derecho a guardar silencio, prestando declaración en el juicio oral, en la que manifestó que el día que fue detenido andaba drogado, por lo que buscaba plata para consumir más droga, vio a una persona y

se puso la mano entre sus ropas, pidiéndole que le pasara la billetera, indicándole que tenía un fierro entre sus ropas, pero no le dijo que le iba pegar con él, luego le pidió que le regalara una moneda para tomar, a lo que ésta accedió, sacó su billetera, él al verla se tentó, la agarró, y salió corriendo hacia Sótero del Río, siendo detenido por una persona de sexo masculino, que lo esposó y lo introdujo a un vehículo, arrancándose él del móvil con la billetera que había sustraído, ingresando a su domicilio con dicha especie. Su hermano lo entregó a la persona que lo seguía. El funcionario encontró la billetera en el antejardín de la casa de unos familiares suyos.

SÉPTIMO: Hecho acreditado, medios probatorios y valoración de la prueba rendida. Que esta sala del Tribunal Oral en lo Penal, ponderando con libertad los elementos de prueba incorporados al juicio, según lo prescribe el artículo 297 del Código Procesal Penal, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, arribó a una decisión condenatoria respecto del delito por el cual acusó el Ministerio Público, según reza en el veredicto leído en audiencia, al tener por acreditado, más allá de toda duda razonable, que:

“Que el día 5 de octubre de 2066, alrededor de las 10:45 horas, Luis Omar Keim Rivera caminaba por calle Santa Amalia al llegar a la intersección de calle Santa Raquel, comuna de La Florida, fue abordado por el acusado Galo Patricio Monterrichard Contreras, quien sustrajo desde las manos de la víctima, dándole un tirón, previo forcejeo breve, la billetera que éste portaba, la que contenía en su interior la suma de \$9.000, más tarjetas de crédito de casas comerciales, dándose a la fuga, siendo detenido poco después, en el domicilio de un familiar con la especie en su poder”.

Que este hecho que se ha tenido por acreditado con cada una de las probanzas antes reseñadas. En efecto, cada una de las declaraciones de los testigos, tanto de la víctima, como del funcionario de la policía de investigaciones, referidos en el motivo anterior, impresionaron al Tribunal como verosímiles, por cuanto fueron prestadas libremente, al ser interrogados con las formalidades legales durante el curso de la audiencia. Que los deponentes se mostraron conocedores de los hechos sobre los cuales se refirieron, por haber tomado conocimiento de los mismos en forma directa, justificando las razones por las cuales tuvieron noticia de ellos y sus circunstancias, los motivos por los cuales se encontraban en el lugar de ocurrencia del hecho y en el de detención del acusado y de cómo pudieron percibir lo que relataron, toda vez que la víctima Luis Omar Keim Rivera, manifestó que el 5 de octubre de 2006, alrededor de las 10:45 horas, caminaba por calle Santa Amalia, al llegar a la intersección con calle Santa Raquel fue interceptado por un sujeto, que en el juicio indica que corresponde a la persona del acusado, el que indicándole que tenía un fierro le exigió la entrega de su billetera, señalándole el afectado que él ubicaba a “Erwin”, persona conocida en el sector, ante lo cual el imputado retrocedió y le pidió disculpas, pidiéndole en ese momento que le regalara unas monedas, a lo que la víctima accedió, para lo cual introdujo su mano en el bolsillo derecho del pantalón y al sacar su billetera el acusado la tomó para apropiarse de ella, reteniéndola la víctima, produciéndose un forcejeo entre ambos, logrando el agente finalmente sustraérsela, dándose a la fuga, siendo perseguido por el afectado. A ello, se suma el atestado de Marcelo Antonio Reyes Palma, funcionario de la Policía de Investigaciones, quien indica que al salir de su domicilio ve a dos personas que corren, una en pos de la otra, escuchando que la que iba más atrás pedía ayuda porque había sido asaltada, por lo que se subió a su vehículo particular, siguiendo a la que iba primero, colocándose a su lado lo conminó a detenerse, a lo que éste hizo caso omiso, continuando con su carrera, al ingresar al pasaje “El Olivillo” se resbaló y cayó, bajándose

él del móvil, logró retenerlo, y como estaba agresivo, lo esposó, llegando la víctima en ese momento, quien le señaló que le había sustraído la billetera, y que iba a revisar el sector para ver si la encontraba, procediendo él a subir al detenido a su móvil, iniciando la marcha, el imputado se tiró del vehículo que estaba en movimiento, continuando con su huída por pasajes que estaban cerrados por reja, a los que no pudo ingresar, por lo que se dirigió hacia una avenida y al no verlo iba a ir en busca de la víctima, divisando en ese instante al imputado que caminaba esposado por la misma calle en que él estaba, éste al verlo saltó por encima del capó y se dirigió hasta una casa, en la que ingresó y después de unos cinco minutos fue entregado por el hermanastro de nombre Iván Contreras, llegando en ese instante carabineros, quienes se hicieron cargo del detenido. En ese momento, el mismo familiar, le hizo entrega de la billetera del ofendido, la que se hallaba en el antejardín de su casa. Respecto de la especie sustraída, aparece refrendada por la prueba correspondiente a otros medios de prueba incorporada por el Ministerio Público, consistente en set fotográfico, en el que se observa la billetera, el dinero y tarjetas de crédito de casas comerciales que ésta contenía en su interior y la chaqueta que vestía el acusado, todas las cuales fueron exhibidas al ofendido. Todo lo dicho es coincidente con la versión dada por el acusado Monterrichard Contreras al prestar declaración en el juicio.

Por estas razones, el Tribunal acoge plenamente las probanzas presentadas por el Ministerio Público, estimándolas suficientes para derribar la presunción de inocencia que amparaba al acusado.

OCTAVO: Calificación Jurídica. El hecho establecido en el considerando séptimo, es constitutivo del delito de robo por sorpresa en la persona de Luis Omar Keim Rivera, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso segundo, en relación con el artículo 432, ambos del Código Penal, en grado de consumado, toda vez que resultó acreditado indubitadamente, que el acusado sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropió de cosa mueble ajena, lo que realizó arrebatando sorpresivamente de las manos del ofendido su billetera, previo forcejeo que se produjo al tomar ambos dicha billetera, tirándola cada uno hacia su persona, logrando el acusado arrebatársela al ofendido, huyendo del lugar siendo luego detenido por un funcionario de la policía de investigaciones, a quien el hermano del acusado le entregó dicha especie, la que se hallaba en el antejardín de la casa a la que éste ingresó durante su huída, consumándose de esta forma el ilícito, pues es indubitado que el agente sacó la especie de la esfera de custodia de su propietario, primero guardándola entre sus vestimentas y luego dejándola en el antejardín de la casa de su familiar, rechazándose de esta forma la alegación de la defensa de que el ilícito se encontraría en grado de frustrado.

Al efecto se tiene presente que si bien al inicio de la acción ejecutada por el acusado existió intimidación, en los términos a que se refiere el artículo 439 del Código Penal, al momento mismo de producirse la apropiación de la especie ésta había desaparecido, pues al tenor de lo referido por la propia víctima, cuando le señaló al imputado que conocía a “Erwin”, éste retrocedió, le pidió disculpas y le solicitó que le diera unas monedas, a lo que el ofendido accedió según su propio relato vertido en el juicio, ya que se sintió más tranquilo, desapareciendo en ese instante el dolo de intimidar. En efecto, la víctima procedió a introducir su mano en el bolsillo derecho del pantalón y al sacar la billetera el acusado se la arrebató sorpresivamente de las manos, previo un forcejeo breve que se produce respecto de la especie, en que ambos la tenían tomada con sus manos, tirándola cada uno hacia sí, logrando finalmente el imputado apropiarse de ella, dándose a la fuga. Acción esta que es

propia del robo por sorpresa, pues el agente una vez que pide disculpas al ofendido y le solicita que le de unas monedas, al ver la billetera reacciona sorprendentemente tomándola con sus manos a fin de arrebatársela a su propietario, el que intenta retenerla tirando también de ella con sus manos, logrando finalmente quedarse con dicha especie el acusado, de manera, que en el desarrollo de la acción de apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, no existe violencia ni intimidación respecto de la persona de la víctima, sino sólo una acción sorpresiva que se ejerce sobre la especie que ésta portaba consigo.

Se deja constancia que el tribunal no efectuó la audiencia a que se refiere el inciso final del artículo 341 del Código Procesal Penal, por haber precedido debate entre los intervinientes respecto de una calificación jurídica distinta a la señalada por el Ministerio Público en la acusación.

Corte de Apelaciones de Coyhaique. 25 de agosto de 2006, rol 76-06.

Considerandos relevantes:

PRIMERO: Que fundamentando su recurso el recurrente sostiene, tanto en su escrito de fojas 9 a 15 de la carpeta judicial como al concurrir a alegar en estrados, que la sentencia recurrida hizo una errónea aplicación del derecho calificando separadamente como dos delitos distintos-lesiones y hurto-una conducta compleja compuesta de las acciones típicas que nuestro legislador ha calificado expresamente como un solo delito, a saber, el robo con violencia, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Expresa, en síntesis, que el fallo razona en el considerando Duodécimo que el “designio criminoso” del acusado Finlez estuvo sólo destinado a causar lesiones corporales, el que consumó propinando a la víctima un golpe en la cabeza con un madero, actitud irascible que se explica, en razón del tribunal, en que el imputado entendió que la víctima le iba a cortar el agua. A este hecho, en opinión del tribunal, le sigue un segundo momento en que el delincuente viendo a su víctima en el suelo, anodada por el golpe, le mete la mano en el bolsillo y le sustrae su teléfono. Para el tribunal, dos hechos y dos dolos distintos. Adicionalmente el tribunal sostiene que la prueba rendida en juicio no es suficiente para fundamentar su convicción que el imputado haya tenido el robo como móvil del delito, y que el ánimo de hurtar es posterior, por lo que Finlez comete dos delitos, precedidos de dos dolos distintos: lesiones y hurto.

Sostiene el recurrente, que este razonamiento es profundamente erróneo, porque ha de considerarse que el dolo no es intención, tampoco es designio criminoso, menos aún consiste en móviles del hechor, sino que el dolo es pura y simplemente el conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo.

El dolo tiene dos elementos, uno intelectual y otro volitivo. En cuanto al elemento intelectual, el sujeto debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como típica; y en cuanto al elemento volitivo, el sujeto debe querer realizar los elementos objetivos del tipo.

A su juicio en el caso materia de autos, no hay término o solución de continuidad entre las conductas del imputado Finlez. Golpea a la víctima y acto seguido, sin solución de continuidad, cuando la víctima está en el suelo indefensa, procede a sustraerle un

teléfono del bolsillo. No hay margen de duda, el imputado quiso golpear y golpeó, y acto seguido quiso sustraer y sustrajo una especie de la víctima. No es posible separar en el tiempo ambas conductas, menos aún es posible separar jurídicamente ambas conductas, porque ambas están reunidas en un solo tipo complejo, que es el delito de robo con violencia previsto en el artículo 436 del Código Penal. El designio criminoso del imputado, supuestamente provocado porque pensó que la víctima le iba a cortar el agua, resulta del todo irrelevante en la calificación jurídica de los hechos, puesto que los móviles del hechor quedan descartados de plano del análisis del dolo. Así, los hechos probados deben calificarse como un solo delito, el robo con violencia, y no en dos delitos distintos, de lesiones y hurto.

Señala que el error de derecho ha influido en lo dispositivo del fallo, puesto que una correcta calificación de los hechos habría permitido condenar al imputado a penas privativas de libertad más proporcionadas a la gravedad de su conducta, de presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, más las accesorias correspondientes. Pide que se anule el juicio y la sentencia recurrida y se determine el estado del procedimiento en que debe quedar la causa, para que el tribunal no inhabilitado disponga la realización de un nuevo juicio oral.

SEGUNDO: Que en la audiencia de vista del recurso don Alejandro Preminguer H. Defensor Penal Público solicita el rechazo del recurso de nulidad.

Expresa que aquí hay un delito de lesiones seguido de hurto. Son dos hechos distintos, dos delitos distintos. El Ministerio Público ha querido vincular los bienes con el delito de hurto, pero eso no es así; las cosas ocurrieron como señala el parte: Finlez estaba sentado fuera de su casa, acompañado, esperando que lo pasara a buscar un camión para ir a trabajar; en esas circunstancias llega un funcionario de Aguas Patagonia para dar el agua, Finlez cree que es para cortar el agua y en ese momento lo golpea con un palo.

La conducta de Finlez sólo tenía por objeto golpear a la víctima. No se representó en este primer hecho de apropiarse de algún bien de la víctima.

Posteriormente se apropia de un celular de la víctima.

Son dos hechos totalmente desvinculados entre sí. El tribunal no separó los hechos, sino que sólo se limitó a aplicar el derecho a dos hechos distintos. Aquí no existe la vinculación teleológica entre la violencia y la posterior sustracción; por tanto tenemos dos hechos distintos que tienen dos calificaciones jurídicas distintas. El tribunal a quo termina señalando que, en consecuencia, creen los jueces que las pruebas no conducirán a fundar la convicción más allá de toda duda razonable, que el indiciado haya tenido el robo como móvil del delito.

TERCERO: Que los artículos 436 y 439 del Código Penal, por cuya eventual errónea aplicación se recurre de nulidad en el presente caso, establecer en lo pertinente:

“Art. 436.- Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, los robos ejecutados con violencia o intimidación en las personas, serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, cualquiera que sea el valor de las especies sustraídas”.

“Art. 439.- Para los efectos del presente párrafo se estimarán por violencia o intimidación en las personas los malos tratamientos de obra, las amenazas ya para hacer que se entreguen o manifiestan las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega”.

Del tenor de lo transcrito **se infiere que la violencia que la ley exige para que se configure el delito de robo con violencia, no sólo deber estar referida a la concurrencia de una energía material manifestada en la forma dispuesta por el artículo 439 del Código Penal, capaz de vencer la resistencia de la víctima, sino que, además, tal violencia debe tener por finalidad o estar vinculada teológicamente con la apropiación; en otras palabras debe existir entre ambas una relación de medio a fin. De esta manera, si en los hechos ha habido lesiones y apropiación de especie ajena, para que ellos puedan ser calificados como delito de robo con violencia es preciso que las lesiones se conciban y ejecuten en función de la apropiación, o sea, las lesiones deben tener el propósito de sustraer. Por el contrario, si el ánimo de apropiación se origina por circunstancias posteriores, extrañas al propósito inicial de violencia, no se configura un delito de robo con violencia, sino dos delitos distintos e independientes.**

La ley es clara en este sentido, y así lo han reconocido tanto la jurisprudencia como la doctrina. Al respecto el Profesor Labatut señala: “Siendo el robo el eje del tipo, el fin perseguido siempre por el hechor, es indiferente, de acuerdo con la fórmula legal, que este atentado proceda o siga a otros, con tal de que se encuentre indisolublemente ligado a ellos en íntima conexión subjetiva. Si esto, no ocurre si después del homicidio, o de cualquiera de los otros delitos señalados, el actor hurta o roba circunstancialmente especies pertenecientes a la víctima, no estaremos ya frente al delito específico mencionado, sino ante dos delitos distintos e independientes, que deben ser considerados separadamente, en concurrencia real, para los efectos de la penalidad” (Gustavo Labatut Glenda. Derecho Penal. T. II Parte especial- IV Edición 1964 pág. 337).

CUARTO: Que en el caso que se conoce y de acuerdo con lo consignado en el fundamento Quinto, 1) y 2) de la sentencia impugnada, los hechos que se dieron por acreditados consistieron que el 11 de enero del año 2006, Angel Heraclio Alvarado Díaz, contratista de la Empresa Aguas Patagonias S.A. se dirigió a calle Los Calafates N° 912 de esta ciudad, con la finalidad de reponer el suministro de agua potable, pudiendo apreciar que el medidor no estaba en su lugar, razón por la cual inquirió información a tres personas que estaban en ese lugar, siendo uno de ellos Alex Heyns Finlez Barría, que, al ver a esta persona, creyó que le iba a cortar nuevamente el agua, ya que con antelación se la habría cortado por falta de pago y él subrepticamente la habría repuesto, razón por la cual lo increpó y encolerizado tomó un madero, lo golpeó en la cabeza provocándole una contusión base en la frente. Aprovechando el estado de indefensión en que momentáneamente quedó el ofendido, por pérdida parcial y momentánea del conocimiento, le metió la mano en el bolsillo de su pantalón y le sustrajo un teléfono celular, del cual se apropió.

QUINTO; Que de los hechos así relatados no aparece en forma clara que el propósito inicial del imputado, de lesionar al ofendido, haya tenido como fin la apropiación posterior del celular de éste, sino que el ánimo de apropiación se originó en una circunstancia posterior, como fue el hecho de quedar el ofendido momentáneamente

privado del conocimiento, por lo cual siendo este motivo distinto de aquél se han configurado en los hechos dos figuras delictivas distintas.

SEXTO: Que de acuerdo con lo razonado en los fundamentos tercero, cuarto y quinto, que anteceden, es inoficioso determinar si en la especie ha habido o no móviles de parte del hechor y si estos se encuentran comprendidos en el concepto de dolo-como lo ha enunciado el recurrente-por no ser materia de la controversia, y sólo cabe concluir que los jueces recurridos al precisar en el fundamento Duodécimo, luego de ponderar en los considerandos Sexto a Decimoprimeros la prueba rendida, que los hechos que se conocen son constitutivos de dos delitos distintos, a saber, delito falta de lesiones leves del artículo 494 N° 5 del Código Penal y delito de hurto descrito en el artículo 432 y sancionado en el artículo 446 N°3 ambos del mismo texto legal, han hecho una correcta aplicación del derecho contenido en los artículos 436 inciso 1 y 439, ambos del Código Penal, razón por la cual procede rechazar el recurso de nulidad.

1.2. Existencia y entidad de la maniobra intimidatoria

Tribunal Oral en lo Penal de Curicó. 15 de julio de 2005, rit 21 05.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que, según auto de apertura de Juicio Oral, el Ministerio Público de Molina dedujo acusación en contra de los acusados como co autores del delito de robo con intimidación, señalando que: “El día 6 de agosto de 2004 aproximadamente a las 05:45 horas, oportunidad en que las víctimas caminaban por la calle de acceso a Molina y que es la prolongación al poniente de la avenida Luis Cruz Martínez, al pasar por el acceso de la Villa 19 de Julio, fueron interceptados por Leonardo Alberto Oyarce Pardo, quien tomó de los hombros y de la ropa a Sergio Antonio Pino Sanhueza obligándolo a dirigirse, junto a su hermano, Nelson Pino Sanhueza, hacia una garita existente en el lugar, en la cual se encontraba la otra acusada doña Jessica Andrea González Carvajal, en compañía de Patricio Sebastián Aravena Barrera, “alias el Pato Búfalo”, lugar en el cual el acusado Leonardo Oyarce Pardo junto a Patricio Aravena Barrera, le ordenan a Sergio Pino Valenzuela que le entregue sus zapatillas ante lo cual al probárselas Leonardo Oyarce Pardo, señala que le quedan grandes y se las entrega. Frente a esto, intentan retirarse las víctimas, sin embargo, Leonardo Oyarce Pardo le señala que no se vayan sino van a tener mayores consecuencias, de manera que mientras Leonardo Oyarce Pardo señala y hace un ademán con su mano de que tenía una cuchilla en el bolsillo trasero del costado derecho de su pantalón, procedieron a sustraerle a Sergio Antonio Pino Sanhueza la mochila que portaba y diversas especies de su interior, tres películas de video, una Biblia, un nuevo testamento, un cassette musical, un cargador de celular, un buzo plomo con rayas blancas, una colonia marca “frickchon” y dos paquetes de papas fritas. Asimismo y luego de registrar la mochila de propiedad de Sergio Antonio Pino Sanhueza, le sustrajeron su cédula de identidad, un teléfono celular marca Nokia aproximadamente entre \$ 900 y \$ 1000 y dos yogurts que portaban en las mochilas que llevaban en sus espaldas para luego darse a la fuga, siendo detenidos momentos más tarde portando la imputada Jessica Andrea González Carvajal, la mochila de propiedad de Nelson Andrés Pino Sanhueza, que también le había sido robada, y asimismo en su ropa interior, en su calzón, el teléfono celular marca Nokia que portaba Sergio Pino Sanhueza.

Asimismo en poder de Leonardo Oyarce Pardo se encontró el frasco de colonia marca Frikchon el cual también tenía oculto en sus calzoncillos, mientras que el acusado Patricio Aravena Barrera se dio a la fuga, siendo detenido posteriormente.” hechos que el acusador califica como constitutivos del delito de **Robo con Intimidación** descrito y sancionado en el artículo 436 en relación con el artículo 432 del Código Penal, cometido en grado de **consumado**, y estima que en ellos ha cabido a los acusados Leonardo Alberto Oyarce Pardo, Jessica Andrea González Carvajal y Patricio Sebastián Aravena Barrera, participación en calidad de autores, de conformidad a lo establecido en el artículo 15 N° 1 del Código Penal; asimismo, considera que, respecto de la acusada Jessica Andrea González Carvajal, concurre la circunstancia modificatoria de responsabilidad contemplada en el artículo 11 N° 6, esto es, irreprochable conducta anterior, y que respecto de ésta debe aplicarse la norma del Art 72 del Código Penal, inciso primero, por cuanto el Tribunal correspondiente, declaró, haber actuado en los hechos, con discernimiento y, añade que, a los tres acusados, perjudica la circunstancia agravante contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, es decir, ser dos o más los malhechores, en atención a lo cual solicita se condene al acusado **LEONARDO ALBERTO OYARCE PARDO**, a la pena de **DIEZ AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MEDIO**, y accesorias; como autor del delito de Robo con intimidación en grado consumado, en perjuicio de Nelson Pino Sanhueza y de Sergio Pino Sanhueza; al acusado **PATRICIO SEBASTIÁN ARAVENA BARRERA**, a la pena de **DIEZ AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MEDIO**, y accesorias como autor del delito de Robo con intimidación, en grado consumado, en perjuicio de Nelson Pino Sanhueza y de Sergio Pino Sanhueza y se condene a la acusada **JESSICA ANDREA GONZÁLEZ CARVAJAL**, a la pena de **TRES AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÁXIMO** y accesorias y, se les condene, además, al pago de las costas de la causa.

En su **alegatos de apertura**, manifestó que probaría el delito por el cual acusó, resaltando los bienes jurídicos que afecta la conducta que importa el delito, pues afecta tanto la integridad psicológica como la propiedad; continuando con un relato de cómo ocurren los hechos para continuar indicando los medios de prueba con que entiende acreditará tanto el ilícito como la participación que en aquellos corresponde a los acusados, señalando cómo la policía logra la detención de los acusados, conceptos que reitera en **alegato de clausura**, cuando expresa que estima haberse acreditado, mediante la prueba rendida, tanto los elementos que configuran el delito por el que se acusó, como la participación de los acusados, para lo cual indica los medios probatorios que sirven para aquel efecto, reiterando lo solicitado en la acusación, esto es, se condene a los acusados a las penas que en ella señaló; **al replicar**, el Ministerio Público se refiere a los argumentos esgrimidos por la defensa en relación a la falta de intimidación, en los términos del Art. 439 del Código Penal, así, destaca que en el hecho por el que se acusó, el número de los victimarios, tres personas, cuya contextura física es de gran desarrollo, el que se contrapone con él de las víctimas, dos menores de edad; por otra parte, destaca el lugar dónde ocurren los hechos, una garita pequeña donde se acorraló a una de las víctimas, entre tanto su hermano espera fuera de ella; el lugar dónde ésta se ubica, un sector retirado, la hora en que ocurren los hechos, oportunidad en la que no transitaban peatones; la obligación impuesta a la víctima para llevarlo a la garita quien fue empujada al interior de la ella, allí se le exige beber alcohol, a pesar de su posición religiosos; da una interpretación acerca de la frase “ todos los monos bailan” entendiéndola como una orden para la víctima doblegando su voluntad, señala que no sólo debe valorarse la íntima voluntad de los hechores para determinar la intimidación, sino que debe estarse a los actos que determinan afectar la decisión de vencer la libertad de la víctima, elemento que

debe analizarse caso a caso, concluyendo que la voluntad de los menores, no fue libre y por el contrario fue forzada, por ende fueron intimidados por los acusados.

SÉPTIMO: Que, la prueba testimonial producida por el Ministerio Público proviene de testigos que protagonizaron los hechos que narraron, de modo que los percibieron y apreciaron con sus sentidos, fueron, legalmente, interrogados y además examinados por la defensa de los acusado, sus declaraciones no han sido desvirtuadas por prueba en contrario, razón por la que sus dichos impresionan como imparciales y verídicos; por ello y, apreciando libremente toda la prueba, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, sin contradecir las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, estos sentenciadores han llegado a la convicción que se tiene por acreditado el siguiente hecho:

El día 6 de agosto de 2004, aproximadamente a las 05:45 horas, en circunstancias que los hermanos Nelson y Sergio Pino Sanhueza, las víctimas, caminaban, desde la ruta 5 Sur por un acceso a Molina, al pasar frente a una garita que se ubica a la entrada de la Villa 19 de Julio, de esa comuna, fueron interceptados por Leonardo Alberto Oyarce Pardo, quien llevó, abrazado por los hombros, a Sergio Antonio Pino Sanhueza, hacia la garita mencionada, lugar donde se encontraba la acusada Jessica Andrea González Carvajal en compañía de Patricio Sebastián Aravena Barrera, allí los tres imputados, sustraen, desde el interior de la mochila que portaba la citada víctima, un celular marca Nokia con su cargador, El libro “El Tunel”, una ejemplar del Nuevo Testamento y papas fritas las que entregaba a la acusada quién las guardaba en su mochila; además fue registrado por Oyarce Pardo sustrayéndole, desde su billetera dinero que portaba; acto seguido procedieron a sustraer a Nelson Antonio Pino Sanhueza su mochila con las especies que en ella portaba, entre ellas tres películas de video, elementos con los que los acusados abandonan el lugar indicándole a las víctimas que les enviarían un taxi colectivo para conducirlos hacia su destino; siendo detenidos, momentos más tarde los acusados González Carvajal y Oyarce Pardo, dada las indicaciones señaladas por los afectados, portando parte de las especies sustraídas.

NOVENO: Que el hecho descrito en la motivación Séptima de este fallo se encuadra dentro del tipo penal de **Hurto de especies**, en razón de concurrir los elementos que lo constituyen: vale decir, **apropiación**, esto es, “...la sustracción de una cosa de la esfera de resguardo de una persona con el ánimo de comportarse de hecho como propietario de ella...”, toda vez que los acusados tomaron cada una de las especies que portaban los hermanos Pino Sanhueza tanto en las mochila que aquellos portaban como el dinero que mantenían en su poder, para ello, previamente, los acusados requerían información acerca de lo que portaban y que las víctima contestaban indicándoselas, aquellos luego las guardaban, y una vez en su poder se retiran del lugar con las especies; **cosa mueble ajena**, entendiéndose por aquellas, según nuestro ordenamiento jurídico, las que pueden transportarse de un lugar a otro, mediante el uso de una fuerza externa, respecto de las cuales una persona distinta del hechor detenta la propiedad o la posesión, en el caso sub. examine: entre otras, la mochila, paquetes de papas fritas, un celular, su cargador, frasco de colonia libros, copias de películas en video, dinero en efectivo, cedula de identidad, cuya propiedad correspondía a Nelson y Sergio Pino Sanhueza, **sin la voluntad de su dueño**, expresión que significa actuar no sólo sin el consentimiento sino también contra la voluntad del propietario o poseedor de la cosa, toda vez que ha quedado demostrado en el juicio que la especie le fue sustraída a la víctima contra su voluntad; **ánimo de lucro**, el cual se puede colegir del hecho de la

sustracción, bastando que se tenga en vista al ejecutar la acción, sin que requiera de un enriquecimiento real.

Se ha concluido por estos falladores que, en la oportunidad, los autores del ilícito, para apropiarse de las especies, **no utilizaron fuerza o intimidación en contra de las víctimas, pues ha quedado demostrado que la actuación de la víctima en este hecho no fue producto de actos, propiamente intimidatorios, ni que, el comportamiento y los actos desplegados por aquellos hayan tenido, naturalmente, aquel efecto, menos que aquella actuación haya producido una perturbación angustiosa por un riesgo real o inminente en la víctima, la perturbación requiere de una relación de causa a efecto entre las conductas realmente empleadas por el hechor y las reacciones que aquella conducta haya producido en la víctima; en el caso que nos ocupa, claramente, Sergio Antonio Pino Sanhueza manifestó que al acercarse a la garita donde se encontraba gente, resultando ser los acusados, sintió temor, por ello cruzaron la calzada y, al acercarse al lugar, ver a uno de los acusados, toma la iniciativa y les manifestó que, si querían dinero, no tenía, acto seguido dijo apreciar en aquellos “una buena onda” y haberles seguido la corriente, en “buena onda”, expresión que, según máximas de experiencia, indican una disposición al juego o participación en las conductas que unos y otros despliegan.** Por otra parte, de la conducta y actos ejecutados por los autores no se establece que, aquella suposición de la víctima en cuanto a la posible existencia “de algo” en la espalda de uno de los acusados, haya sido un arma, pues la propia víctima no fue clara en establecer la presencia de aquello toda vez que, más allá de manifestar su apreciación, de cómo podría haber sido efectiva la presencia de algún elemento intimidatorio, menos sostuvo que los autores se hayan referido a la existencia de aquel elemento ni que lo hayan utilizado, tan solo siquiera que haya existido una mención de tener en su poder alguna especie apta para provocar intimidación en las víctimas, de tal manera que mediante aquel **supuesto elemento se haya vulnerado su libertad de obrar o quebrantado su voluntad.** Por otra parte, de toda la conducta desplegada por los acusados en el hecho materia de este juicio no puede concluirse que haya existido ninguna amenaza para los afectados, nada se dijo acerca de la posibilidad de producirse un mal inminente o futuro, si éste no existió, menos puede considerarse su gravedad, verosimilitud ni que haya sido concreto, elementos todos que son necesarios para concluir la existencia de actos intimidatorios de parte de los hechores hacia la víctima. Estos jueces entienden que, en este hecho la conducta de los autores es un, más bien, un aprovechamiento que, por la fácil entrega de las especies, por parte de la víctima quizás atemorizadas o con miedo real de parte de ellos, se apropiaron de las mismas pero, ello no fue fruto de actos intimidatorios, actos de tal envergadura que sean determinante como para establecer conductas que doblegaran la disposición de las víctimas, actuación, inequívoca, que estuviera, propiamente, ejercida y dirigida por los acusados con el propósito de lograr la entrega de las especies.

Por otra parte a estos jueces no ha parecido que las circunstancias acerca del lugar, la hora en que ocurre el hecho pueda determinar que sean antecedentes suficientes para configurar actos intimidatorios, circunstancias por lo demás que fueron meramente coincidentes. Asimismo no modifica la conclusión a que se ha arribado, como lo entiende el Ministerio Público el número de acusados y partícipes en el hecho, toda vez que la dinámica de cómo aquel ocurre, nace de aquella aproximación de uno de los acusados, ante la cual uno de las víctimas se adelanta a responder y el otro ofrece cigarros, acusado cuya actuación es la determinante en el hecho, lo que no releva de responsabilidad a los otros dos imputados, pues se ha entendido que se involucran, correspondiéndoles

participación y responsabilidad, al recoger especies, guardarlas para más adelante mantenerlas en su poder, apropiándose de ellas, acto seguido, alejarse de los afectados.

En consecuencia, el hecho referido en el fundamento Séptimo de esta sentencia es constitutivo del delito de **HURTO DE ESPECIES**, que previene y sanciona el Art. N° 446 del Código Punitivo, respecto del cual y, que por no haberse establecido en el curso de este juicio el valor de las especies sustraídas a las víctimas, este Tribunal de conformidad a la facultad que confiere el Art. 455 del Código Penal, establecerá, prudencialmente, el valor de todas las especies, en la suma única de \$ 80.000, habida consideración a la presencia de libros, películas de video una mochila, un celular marca Nokia entre otras; cifra que la defensa citó e ilustró al Tribunal como la que habían señalado las víctimas cuando establecieron la pre existencias de sus especies, consecuentemente, se concluye que el delito de hurto establecido debe ser sancionado de conformidad a lo consagrado en el Art. 446 N° 3 del Código Punitivo, toda vez que, se tiene presente que al mes de agosto de 2004 la Unidad Tributaria mensual tenía un valor de \$ 30.007, valor que es de público conocimiento.

En consecuencia, y conforme lo razonado se ha desestimado la apreciación del Ministerio Público en cuanto ha considerado, tanto al acusar como en la oportunidad que se llamó por el Tribunal ha debatir acerca de la figura del Hurto, que los hechos configuraban el delito de robo con intimidación, ello en razón de los argumentos señalados precedentemente en esta sentencia.

Tribunal Oral en Lo Penal de Antofagasta. 14 de mayo de 2007, rit 59-07.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que el Ministerio Público fundó su acusación en que el día 06 de enero a las 10:00 horas los imputados junto a un tercero menor de edad, ingresan al negocio ubicado en calle Bandera de esta ciudad, de propiedad de Ricardo Ovando Peña, para la imputada Valderrama Naranjo tomar una caja de madera con monedas. AL salir del mismo, forcejean con la victima, cayendo las monedas al suelo y al intentar recogerlas, la imputada es auxiliada por el imputado Rodríguez Rodríguez y el imputado menor de edad, para darse luego a la fuga, amenazando a la victima de golpearlo y destruir su negocio si intentaba seguirlos o denunciarlos.

Se añade que favorece a la acusada Adriana Valderrama la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal. En tanto al acusado Jorge Rodríguez no le benefician atenuantes.

A ambos acusados les perjudica la agravante de pluralidad de malhechores, prevista en el artículo 456 bis N° 3 del citado código.

Solicita que se condene a la acusada a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, y al acusado, la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales y costas de la causa.

SEXTO: Que la fiscalía acusó por el delito de robo con intimidación, haciendo consistir ésta en amenazas que se habrían proferido al afectado, para impedir la resistencia u oposición a que se quiten las especies sustraídas.

Doctrinaria y jurisprudencialmente, para calificar un hecho punible de robo con intimidación, se exige que ésta esté vinculada con la apropiación, en términos de medio a fin. Se trata de un delito complejo que justifica su severa penalidad en cuanto afecta no sólo la propiedad, sino que también se pone en riesgo la vida o integridad física del ofendido, debiendo en consecuencia, ser seria, esto es, existir objetivamente en forma explícita o implícita, no bastando la mera expresión verbal del mal que se quiere, sino que debe ir acompañada de ciertas circunstancias que la hagan verosímil. Además, debe ser grave, esto es, que constituya un mal, que importe un ataque a la integridad de la persona, de relativa gravedad.

En el caso que nos convoca, el tribunal ha estimado que no concurren los requisitos referidos, además de no encontrarse claramente establecido, en qué consistió concretamente la amenaza, pues el afectado indicó que uno de los jóvenes –no sabe cuál- le dijo que le daría “un combo en el hocico”, si le hacía algo a la niña, por su parte, su primo Ricardo Peña, manifestó que escuchó que dijeron que le iban a dar “una patada en el hocico”, en tanto doña Margarita Farías, tía de la víctima, señaló que cuando su sobrino le decía a los jóvenes que entregaran las monedas que estaban recogiendo del suelo, uno de ellos dijo “atrévete si puedes”. Por otro lado, ninguno de los testigos se percató quien dijo las expresiones señaladas; la víctima, manifestó que al parecer fue el menor –quien no está acusado-. Sin perjuicio de esto, cualquiera de las dos frases, por sí solas sin que hayan ido acompañadas de otras circunstancias, como por ejemplo, algún gesto significativo de quien las profirió –lo cual no pudo establecerse, precisamente, porque no se sabe quien las dijo- no revisten la seriedad y gravedad necesarias para convertir el hecho en cuestión, en un delito tan grave como lo es el robo con intimidación y, sobretodo considerando la alta pretensión punitiva del Ministerio Público, que solicitó la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio para el acusado Rodríguez.

Aún más, como ya se señalara, la intimidación debe estar vinculada a la apropiación en relación de medio a fin, lo que en la especie tampoco ocurrió, pues tanto el afectado como su primo Ricardo Peña manifestaron que las expresiones que escucharon estaban dirigidas al primero, para que soltara a la niña y no le hiciera nada. Por lo demás, la apropiación ya se había consumado, al salir a la calle la acusada, con la caja de monedas en su poder.

Pero lo que es aún más indicador de que en la especie no existió intimidación, es el hecho que, no obstante las insistentes preguntas de la fiscal, el afectado señaló, que no salió en persecución de los jóvenes que se llevaban parte de las monedas que habían recogido del suelo cuando cayeron, porque esa es labor de carabineros; en ningún momento expresó que las amenazas que escuchó, le hayan infundido temor; sólo su primo, Ricardo Peña, dijo que “pensó que podía pasar algo”, en tanto su tía, Margarita Farías, quien por lo demás escuchó expresiones diferentes a la de los anteriores, manifestó que pensó que eran “patos malos”, y sintió temor que le hicieran algo a su sobrino.

Así las cosas, las expresiones escuchadas, y que por lo demás, como se estableció en un modo categórico y fuera de toda duda, no fueron dichas por ninguno de los dos acusados, no satisfacen el concepto de intimidación a que se refiere el artículo 439 del Código Penal.

SÉPTIMO: Pero no sólo la intimidación no fue acreditada, sino tampoco la circunstancia fáctica señalada en la acusación, de que ambos acusados y un tercero ingresaron al local de propiedad de Ricardo Ovando Peña, pues la prueba rendida en el juicio, permitió claramente establecer, -como se señalará a continuación- que a dicho local sólo ingresó la acusada, misma que fue quien forcejeó, en las afueras del negocio, con el afectado, y no lo los tres, como se desprende de la acusación, al indicar “forcejean con la víctima”.

OCTAVO: Que en consecuencia, los antecedentes probatorios allegados al juicio, en especial, las declaraciones de la víctima, de los testigos y evidencias incorporadas, valorados libremente, unido a lo expuesto por los propios acusados, sólo han permitido tener por acreditado el hecho basal de los delitos de apropiación, esto es, la apropiación de especie mueble ajena, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño.

En efecto, se ha establecido, más allá de toda duda razonable, que el día 06 de enero del año en curso, alrededor de las 10:00 horas, la acusada Adriana Valderrama, ingresó al local comercial ubicado en calle Bandera, sector feria de las Pulgas, a cargo de Ricardo Ovando Peña, el que se encontraba momentáneamente en el negocio contiguo, sustrayendo una caja de madera, en cuyo interior se guardaban monedas de distinta denominación, que hacían un total aproximado de \$20.000, siendo sorprendida por el afectado cuando acababa de salir del negocio, y a pocos metros de distancia le dio alcance, produciéndose un forcejeo por la caja, la que se cayó, quedando su contenido desparramando en el suelo, momento en el cual y ante los gritos de ambos, el primo y seguidamente la tía de Ovando Peña concurren al lugar donde éste se encontraba para ayudarlo a recoger monedas, al tiempo que el acusado Jorge Rodríguez y un menor de edad también se acercaron, acudiendo en auxilio de la mujer, que era sostenida de un brazo por la víctima, gritando uno de ellos “monedas a la chuña” y, estando todas estas personas avocados a recoger el dinero, uno de ellos, profirió amenazas al afectado para que soltara a Adriana Valderrama, huyendo del lugar con parte de las monedas.

NOVENO: El hecho así descrito configura el delito de hurto, en grado de consumado, previsto en el artículo 432 y sancionado en el artículo 446 N°3, ambos del Código Penal, toda vez que resultó justificado de manera bastante, que la acusada sustrajo una especie mueble ajena, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, de un valor superior a media unidad tributaria mensual e inferior a cuatro.

Tribunal Oral en Lo Penal de Santiago, 22 de diciembre de 2006, rit 236-06.

Considerandos relevantes:

PRIMERO: Acusación. Que la imputación efectuada por el Ministerio Público en contra del acusado, según el correspondiente auto de apertura, es del siguiente tenor:

“Hecho 1.- El día 3 de octubre del año 2005, a las 23:00 horas aproximadamente, el imputado en compañía de otro sujeto, interceptó a Sebastián Andrés Caroca Barrera, mientras esperaba locomoción colectiva en la intersección de las Avenida Las Torres con Av. Tobalaba, comuna de Peñalolén, cuando le consultaron la hora, le señalaron que veían un celular en el bolsillo de su chaqueta, el que le arrebataron amenazándolo con que no hiciera nada de lo contrario lo iban a matar.

Hecho 2.- El día 4 de octubre de 2005, a las 00:40 horas aproximadamente, el imputado en compañía de otro individuo, interceptaron a Fernando Romualdo Riquelme Carreño, mientras regresaba a su vehículo luego de comprar en un minimarket ubicado en Avenida San Luis esquina Los Talladores, comuna de Peñalolén, le ofrecieron un celular y luego de su negativa a comprarlo, el acusado Vilches lo intimidó con un objeto contundente que portaba entre sus vestimentas simulando ser un arma, mientras el otro sujeto le sustrajo el celular marca Nokia, color gris con negro de la empresa Entel PCS, luego de lo cual se dieron a la fuga del lugar.”

CUARTO: Valoración de la prueba rendida y hechos que se tienen por acreditados. Que se ponderó la prueba rendida, de conformidad con lo estatuido en el artículo 297 del Código Procesal Penal, de la siguiente manera:

1. Respecto del hecho numero uno de la acusación, la fiscalía presentó como prueba de cargo a los testigos Sebastián Caroca Barrera y Jorge Caroca Sepúlveda. El primero, estudiante universitario, señaló que el día de los hechos se dirigía a tomar locomoción para llegar a su trabajo en horas de la noche, cuando se le acercaron dos sujetos, uno de los cuales le indicó que su amigo recién había matado a alguien y que estaba nervioso. Acto seguido le preguntaron por la hora y luego si tenía celular, ante su respuesta negativa, le manifestaron que se le notaba en su bolsillo, así extrajo el aparato y luego de un pequeño forcejeo y expresiones como te vamos a matar e insultos, le arrebataron el objeto llevándose el consigo. Este testigo reconoció al acusado como uno de los sujetos que lo abordaron aquel día. Luego agregó que carabineros se comunicó con él durante la madrugada, señalándole que estaba en su poder el teléfono y que concurriera a la unidad policial lo antes posible, lo que no hizo sino hasta la mañana siguiente, a la salida de su trabajo, pudiendo en todo caso reconocer de las fotografías contenidas en una cámara digital exhibidas por la policía, al acusado que se encontraba en esos momentos detenido.

El segundo testigo, Jorge Caroca Sepúlveda, solo aportó que como padre de Sebastián Caroca, recibió durante la madrugada del día 04 de octubre, la llamada telefónica de carabineros, para inquirirle sobre la propiedad del aparato, al que reconoció como de su hijo, no aportando ningún otro antecedente que justifique su incorporación como testigo de cargo.

Así, de acuerdo al único medio de prueba aportado sobre el hecho punible, y a información aportada por este al tribunal, las circunstancias fácticas que se pueden tener por acreditadas más allá de toda duda razonable son:

Que el día 03 de octubre del año dos mil cinco, a las 23 horas aproximadamente, el imputado en compañía de otro sujeto, interceptó a Sebastián Caroca Barrera, mientras esperaba locomoción colectiva en la intersección de las Avenida Las Torres con Av. Tobalaba, comuna de Peñalolén, le consultaron la hora, y luego le señalaron que veían un celular en el bolsillo de su chaqueta, el que le arrebataron de sus manos mediante un pequeño forcejeo e insultos.

2. A su vez, la segunda pretensión fáctica del Ministerio Público, se sustentó en los dichos de Dagoberto Castro Cordero, Fernando Riquelme Carreño y de los funcionarios policiales Héctor Maldonado Labraña y Claudio Fabián Soza Pavez. Lo depuesto por Castro Cordero consistió en que aquella noche salió tarde de su trabajo en el Mall Plaza

Vespucio, allí lo pasó a buscar su tío Fernando Riquelme Carreño, quien conducía un taxi. Se detuvieron en calle San Luis, lugar en donde se mantuvo en el automóvil mientras su pariente se dirigió a comprar alimentos. En esos instantes se acercaron dos sujetos a la ventanilla del automóvil ofreciéndole un celular marca Nokia, cuando se disponía a bajar el vidrio llegó su tío acercándosele inmediatamente los sujetos arrebatándole su teléfono celular.,

Fernando Riquelme Carreño, confirmó los dichos de su sobrino indicando que eran alrededor de las doce o una de la mañana, cuando regresaba al automóvil que conducía, se le acercaron dos personas que colocaron a sus costados. Le ofrecieron un celular de color azul, a lo que se negó, en ese momento le rodearon y le extrajeron el teléfono propio. Dice haber observado que el sujeto de la derecha metió una de sus manos en un bolsillo del pantalón simulando tener algo. Mientras le sustraían la especie indica haber escuchado términos como “entrega el celular o te vamos a sacar la cresta”. Este testigo reconoció al acusado como uno de los sujetos que se le acercó aquel día de la manera ya descrita.

Los funcionarios policiales dieron cuenta que tras recibir en la comisaría la denuncia de Riquelme Carreño, le hicieron abordar un móvil con el cual recorrieron el sector en busca de los hechores logrando individualizar a uno de ellos en calle San Luis con las Torres, deteniéndolo, encontrando gracias a su registro, un teléfono celular que tenía la pantalla trizada, el cual manipularon para obtener de la lista de teléfonos de contacto (agenda), los números que permitieron identificar a su propietario Sebastián Caroca Barrea, durante las siguientes horas de la madrugada. Además manifestaron haber procedido a fotografiar al detenido de frente y de perfil, con una cámara digital que portaban, la que exhibieron a Caroca Barrera, confirmando que el sujeto también había participado en la sustracción ocurrida horas antes de su detención.

Con los medios probatorios señalados, se pudo establecer con el estándar requerido por la ley que:

El día 4 de octubre de 2005, a las 00:40 horas aproximadamente, Juan Antonio Vilches Araos, en compañía de otro individuo, interceptaron a Fernando Romualdo Riquelme Carreño, mientras regresaba a su vehículo luego de comprar alimentos en un local ubicado en Avenida San Luis esquina Los Talladores, comuna de Peñalolén, le ofrecieron un teléfono celular y luego de su negativa a comprarlo, le sustrajeron su propio aparato de comunicaciones marca Nokia, luego de lo cual se dieron a la fuga del lugar.

QUINTO: Calificación Jurídica y participación. Que los hechos acreditados, se encuadran ambos, dentro de la figura típica del robo por sorpresa, descrito y sancionado en el artículo 436 inciso segundo en relación al 432 del Código Penal, toda vez que lo efectivamente acreditado, resulta dos sustracciones de especies muebles - teléfonos celulares - mediante maniobras furtivas tendientes a causar confusión en los ofendidos. Vale decir, el Ministerio Público no cumplió con la promesa de probar los elementos fácticos que constituyen la intimidación sino que solo una suerte de actos que confundieron a las víctimas con el objeto de apropiarse rápidamente de una de las especies que portaban. La participación en los hechos del acusado en calidad de autor directo no fue discutida por la defensa y resultó manifiesta del análisis de la prueba rendida y del reconocimiento de las víctimas al momento de ser aprehendido.

Corte de Apelaciones de Santiago. 13 de noviembre de 2006, rol 2073-06.

Considerandos relevantes:

1°) Que en esta causa RUC N° 0600320154-4, RIT 163-2006, por el delito de robo con violencia, seguido en contra del acusado H.A.L.I.C., se ha interpuesto por el Ministerio Público recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada el once de octubre pasado, por el Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, mediante la cual se lo condenó como autor de robo por sorpresa, a la pena remitida de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, más las accesorias pertinentes.

2°) Que se invocó como causal de nulidad la de la letra b), del artículo 373 del Código Procesal Penal, por incurrirse en un error de derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del mismo, al condenar al acusado H.A.L.I.C. como autor de robo por sorpresa, en circunstancias que los hechos establecidos por el tribunal -particularmente iguales a los propuestos por el Ministerio Público- son constitutivos, como se dijo en la acusación, de un robo con intimidación. Solicita, en consecuencia, que se acoja el recurso y se anule el juicio y la sentencia impugnada, determinándose el estado en que el procedimiento debe quedar, y que el tribunal no inhabilitado que corresponda provea la realización de un nuevo juicio oral.

3°) Que la sentencia impugnada, en la parte final de su considerando Sexto, da por establecido el siguiente hecho: "El día ... de 2006 siendo, aproximadamente las 21:30 horas, en circunstancias en que la víctima, doña C.C.L.C., se retiraba de su lugar de trabajo y caminaba por calle Diego Portales a la altura del número ... de la comuna de ..., Santiago, se le abalanzó el imputado H.A.L.I.C., quien la empujó, cayendo ella al pavimento, arrebatándole una cartera con todo su contenido y una bolsa en la cual se contenían dos pares de zapatos y una chaqueta, siendo detenido en la huída y lográndose la recuperación de las especies". La descripción indicada es muy similar a la que se hizo por el Ministerio Público al formular la acusación, según se lee en el razonamiento segundo de dicha resolución, pudiendo destacarse como diferencias que la acusación habla de "empujó violentamente" y que "el imputado le sustrajo" mientras que aquella omitió el adverbio violentamente y habla de "arrebatándole una cartera".

4°) **Que el error de derecho reclamado consiste, como ya se dijo, en que tales hechos los calificó el tribunal como robo por sorpresa, debiendo haberlo hecho como robo con violencia; aplicando la norma propia del primero, el inciso 2° del artículo 436, en lugar de la pertinente al segundo, del artículo 439 del Código Penal.**

5°) **Que es útil, para dilucidar la cuestión planteada, recordar que las dos figuras típicas puestas en contrapunto son delitos contra la propiedad, que se diferencian, básicamente y más allá de la apropiación de cosa mueble ajena con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueño, por la forma de su operatoria práctica. Así, mientras en el robo por sorpresa su descripción exige que el hechor proceda "por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión"; en el robo con violencia, que intervengan "los malos tratamientos de obra, las amenazas ya para 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 a la manifestación o entrega". Dicho de otro modo, sencillo y directo, en el primero estamos en presencia de la sorpresa (pura y simple, maniobras distractivas,**

arrebató repentino, cuya rapidez e imprevisión suspende la reacción de la víctima; en el segundo, de la violencia (se golpea, se ata, se sujeta), de modo que la reacción de la víctima se disminuye o paraliza por el efecto de la energía física aplicada directamente sobre su persona, aunque su cuerpo no resulte efectivamente dañado, como puede suceder, por ejemplo, cuando sólo se la sujeta para robarle. Todo lo cual puede ocurrir, por cierto y así suele ser, de manera sorpresiva.

6°) Que en el caso de autos y conforme a los hechos establecidos por el tribunal a quo, cuya configuración no ha sido objetada y que resulta vinculante para estos sentenciadores, no cabe duda que en el actuar del hechor hubo un mal tratamiento de obra, pues "en circunstancias en que la víctima ... caminaba por calle ... se le abalanzó el imputado ..., quien la empujó cayendo ella al pavimento, arrebatándole una cartera ... y una bolsa...". La situación puede entenderse mejor -si necesitase mayor explicación- si nos colocamos en el momento anterior a la ocurrencia de los hechos: una señora circulaba libre y tranquilamente por la calle -en uso de su derecho- y de pronto -sorpresivamente se dirá, con razón- un señor se le abalanzó (se lanzó hacia ella) y la empujó (hizo fuerza contra ella para moverla o rechazarla, según el Diccionario), se cayó al pavimento y entonces el señor le robó. Cualquiera de las dos descripciones deja en evidencia el mal trato de obra, la aplicación de energía física directamente sobre la persona de la víctima; esto es, de violencia. Y en ello concuerdan la víctima, los testigos y el acusado, pues la sentencia narra, en su considerando Cuarto, que éste declaró en el juicio "que se encontró con la víctima, la empujó y le sustrajo sus cosas"; "que la empujó hacia la calzada, ella se resbaló, cayó ..., tomó las cosas y corrió ..."; "que empujó a la señora para quitarle las cosas y así tener plata para comprar trago". Dicha característica obliga a calificar el delito de la especie como un robo con violencia.

7°) Que no obsta a la conclusión precedente el hecho de haber sido el ataque del acusado sorpresivo (para la víctima), o de repente y no premeditado (en palabras de aquél); así como tampoco la circunstancia de haberse levantado la víctima y llamar a alguien en su auxilio, pues ello se explica como reacción frente a la violencia sufrida, lo que unido a la concurrencia de un testigo y de Carabineros permitió la captura del agresor, y recuperar las especies robadas, pero sufriendo los efectos de una lesión que esa violencia le produjo. En otra persona la reacción pudo haber sido diferente, como de histeria, o de miedo, o de fuga. Por lo demás, ninguno de tales elementos altera la configuración del tipo penal de que se trata.

Juzgado de Garantía de Santiago. 17 de marzo de 2003, rit 4441-05

Considerandos relevantes:

PRIMERO: Que ante este Juzgado de Garantía de Santiago, en proceso RIT N° 4441-2005, el Fiscal Adjunto de Santiago, don **Gerardo Hunne Bustamante**, tras concluir la correspondiente investigación, debidamente formalizada, con fecha 14 del mes en curso dedujo acusación verbal en conformidad con lo prescrito en el artículo 407 del Código Procesal Penal, contra don **YONATHAN MAURICIO PINO GONZÁLEZ**, chileno, cédula de identidad número 17.304.149-4, 16 años de edad, nacido en Santiago el 29 de julio de 1989, soltero, comerciante ambulante, domiciliado en Pasaje 8 Norte N° 1439, Población José María Caro, comuna Pedro Aguirre Cerda, Santiago, en calidad de autor directo del delito consumado de robo con violencia, previsto en el inciso primero del

artículo 436 del Código Penal, en relación al artículo 432 del mismo cuerpo legal, exponiendo los siguientes hechos:

“El día 02 de diciembre del año 2005, aproximadamente a las 12:50 horas, éste - junto a otros individuos no identificados- se acercó al automóvil que manejaba doña María Inés Pastén Puentes, por calle Abate Molina, al llegar a la Av. Libertador Bernardo O’Higgins, comuna de Santiago, mientras se encontraba detenida en un semáforo, rompiéndole el vidrio de la puerta delantera derecha, para apoderarse de las especies que portaba la víctima en su cartera, produciendo lesiones de diversa naturaleza a esta última, dándose a la fuga y siendo detenido posteriormente por Carabineros”.

Por tanto, y habiendo calificado jurídicamente tales hechos en la forma ya señalada, solicitó se condene al acusado a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, accesoria legal y pago de las costas de la causa, considerando que concurren como circunstancias modificatorias de responsabilidad penal las atenuantes estipuladas en los artículos 72 y 11 numerales 6 y 9 del Código Penal, sin agravantes.

La defensa, asumida por doña **Jessica Aguilera Arteaga**, defensora penal pública, agregó la petición de concesión de la remisión condicional de la pena y la exención de costas.

CUARTO: Que los antecedentes verosímiles recién reseñados, valorados de acuerdo al artículo 297 del Código Procesal Penal, esto es, con entera libertad, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, concordantes con la entera confesión del imputado Pino González, en la que admite haber arrojado una piedra en contra de la ventana de la puerta del copiloto, tomando la cartera que se hallaba encima del asiento, fugándose del lugar con la especie en su poder, generan en este sentenciador la convicción, más allá de toda duda razonable, de que el día 02 de diciembre del año 2005, cerca de las 12:50 horas, este último lanzó una piedra a la ventana de la puerta del costado derecho delantero del automóvil conducido por doña María Inés Pastén Puentes, mientras permanecía detenida en la intersección de la calle Abate Molina con Avenida Libertador Bernardo O’Higgins, comuna de Santiago, quebrando el vidrio, lo que permitió que tomara su cartera, ubicada sobre el asiento del copiloto, huyendo del sitio. Como consecuencia del desprendimiento del proyectil, la víctima sufrió un golpe en el hombro que le provocó enfermedad por un tiempo inferior a 14 días.

Estos hechos son constitutivos del delito consumado de robo por sorpresa en concurso con la falta de lesiones leves, contemplados en los artículos 436, inciso segundo, y 494 N° 5 del Código Penal, en los que les ha correspondido participación culpable en calidad de autor ejecutor al acusado, toda vez que se ha acreditado que éste se apropió de una especie que la víctima llevaba consigo y le causó una herida corporal menor.

Abierto debate sobre el punto, **el Tribunal discrepa de la calificación jurídica planteada por el órgano de persecución penal, ya que el robo no fue ejercido con violencia (fuerza física) en las personas. La conducta desplegada por el sujeto activo sólo estaba destinada a vencer o disminuir la esfera de custodia de la víctima y no vulnerar directamente su integridad física, causando su desconcierto repentino, es decir, aprovechando el instante que la ofendida se encontraba**

desprevenida, sin posibilidad de reaccionar y repeler el ataque (entre la clandestinidad y la violencia-intimidación/ sin dolo directo del resultado de maltrato). Las lesiones sufridas por ésta fueron provocadas por la piedra arrojada por el victimario, circunstancia absolutamente independiente y ajena a la acción principal, las que no obstante se representó y aceptó como posibilidad -dolo eventual-, razón por la que se castigará como falta de lesiones de carácter leves.

Los daños y perjuicios materiales causados al móvil, por su parte, se encuentran íntegramente absorbidos (concurso aparente) en el ámbito de protección trasgredido.

En cuanto al alegato de la defensa, a saber: que el grado de desarrollo del itinerario criminal alcanzó la frustración en el robo, útil resulta recordar que en este tipo de delitos formales o de mera actividad, es decir, aquellos que solamente se ejecutan con el apoderamiento de los muebles ajenos contra la voluntad de su dueño, sin exigir un resultado material (no requiere perjuicio), no cabe dicha forma o fase de comisión imperfecta, pues el infractor -si fuera cierto- nunca pudo completar la actividad externa tendiente a la consumación. Sin perjuicio de la escasa importancia de la discusión, atendido el tenor del artículo 450 del Código Penal -regla de determinación de la pena-, tampoco se encuentra el delito en grado de tentativa porque se violentaron las medidas de seguridad adoptadas y se constituyó una nueva esfera de resguardo, bajo el amparo del imputado, al aprehenderlas materialmente, quitándole a la propietaria su posesión material. No debe confundirse la consumación del delito con el agotamiento del mismo, el que dice relación con la posibilidad del antisocial de disponer de los objetos al conseguir íntegramente su objetivo.

Tribunal Oral en Lo Penal de Antofagasta. 15 de septiembre de 2004, rit 106-04.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que el Ministerio Público fundó su acusación, en que el día 3 de mayo de 2004, en circunstancias que la víctima doña Sandra Díaz Ortega transitaba a pie por Avenida Salvador Allende en dirección a su domicilio, momento en que fue abordada por el imputado quien a viva fuerza intentó quitarle la cartera que llevaba consigo, ante lo cual la víctima opuso tenaz resistencia, con lo cual el imputado procedió a tirarla al suelo desde donde cortó la cartera para darse a la fuga del lugar, llegando a su inmueble que queda a pocas cuadras del lugar avisa a sus familiares, saliendo en su vehículo un hijo de ésta quien a través de un testigo indicó que el imputado había abordado un taxi colectivo, placa patente única 7152, que se dirigía en dirección poniente dando alcance al vehículo, encontrando en su interior al imputado, siendo retenido por el civil y encontrando en su poder una cartera chica color café, que contenía documentación de la afectada, y en cuanto a la cartera que fue sustraída fue encontrada en el trayecto de la fuga del imputado en un antejardín afuera de un inmueble. A consecuencia de lo anterior la víctima resultó con erosión mano izquierda, codo derecho y contusiones en diversas partes del cuerpo”.

A juicio del Ministerio Público los hechos descritos son constitutivos del delito de robo con violencia, previsto en el artículo 432 del Código Penal y sancionado en el artículo 436 inciso 1° del mismo cuerpo legal, en carácter de consumado, se atribuye al imputado participación en calidad de autor por haber tenido participación directa e inmediata en los hechos.

Señala el Ministerio Público que no benefician al imputado atenuantes y si le perjudica la agravante contemplada en el artículo 12 N° 16 del Código Penal. Solicita en su acusación se le imponga la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y derechos políticos, accesorias de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa. Tal acusación fue expuesta por dicho interviniente en su alegato de apertura, ofreciendo acreditar el delito y la participación del acusado.

NOVENO: Que con los testimonios de la víctima, del propio imputado, de Ronald Opazo Díaz, de Carlos Flores Alarcón y de Juan Muñoz Véliz, más la evidencia material acompañada y reconocida en el juicio, se puede establecer, más allá de toda duda razonable, que el día 3 de mayo del presente año, alrededor de las 22:00 horas, en circunstancias que doña Sandra Díaz Ortega se dirigía hacia su casa caminando por calle Chiloé, Dagoberto Jesús Urbina Fuenzalida se le acercó y le preguntó por una calle, acto seguido, se abalanzó directamente a quitarle la cartera que llevaba consigo, produciéndose un forcejeo entre ambos, producto de lo cual la víctima cayó al suelo, procediendo el acusado a arrebatarse la cartera de un tirón y darse a la fuga.

DUODÉCIMO: Que el hecho que se haya producido un forcejeo entre el hechor y la víctima y que ésta cayera al suelo, no reúne la entidad suficiente para estimar que el mismo constituya alguna de las formas de violencia descrita en el artículo 439 del Código Penal, más aún cuando la propia víctima señaló que la acción del agresor estuvo siempre destinada a obtener la apropiación de su cartera y no a agredirla directamente, y tampoco afirmó que la golpeará o que le exigiera verbalmente la entrega de la especie, de manera que las lesiones sufridas por ella no aparecen causalmente unidas a la apropiación, sino más bien son la consecuencia lógica de una caída.

En efecto, las heridas de la víctima que se pudieron acreditar con el dato de urgencia del hospital y las fotografías acompañadas, son lógicamente compatibles con tal episodio pues son raspaduras de índole menor, en extremidades del cuerpo que comúnmente se ven más expuestas a sufrir daño al caer el cuerpo al suelo, como es el caso del codo y la mano.

Así, tal forcejeo, a juicio del tribunal, carece de la intensidad necesaria para, por sí mismo, entender que ha sido capaz o idóneo para vencer la oposición de la víctima, constreñirla a manifestar la especie o bien impedir su resistencia u oposición a que se quite y, por lo mismo, es insuficiente para constituir el maltratamiento de obra que permitiría la calificación de robo con violencia pedida por la acusación.

Por otro lado, el supuesto arrastre que menciona la víctima no quedó suficientemente acreditado, pues sus dichos respecto a ello no fueron suficientemente consistentes y precisos para formar la convicción del tribunal en ese sentido, aparte que tampoco está descrito en la acusación, por lo que considerarlo significaría además, vulnerar el principio de congruencia.

Asimismo, no se comparte el criterio del Ministerio Público cuando afirma que si bien el delito pudo principiar como robo por sorpresa devino en robo con violencia al existir oposición o resistencia de la víctima, toda vez que las máximas de la experiencia

indican que la mayoría de las veces existe cierto grado de oposición al despojo por parte de los afectados por delitos en contra de la propiedad, y no por ello siempre se configura el tipo penal agravado por el que se acusó. Además, en el caso del robo con violencia, tal resistencia termina cuando obra una amenaza, intimidación o violencia destinada a obtener la apropiación y no por una mera consolidación de una fuerza superior como sucedió en la especie.

Tribunal Oral en Lo Penal de Antofagasta. 17 de septiembre de 2005, rit 137-05.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que el Ministerio Público fundó su acusación, según se lee en el auto de apertura de Juicio Oral, en los hechos siguientes: “El día 26 de diciembre de 2004, alrededor de las 13.00 horas, el imputado en el muelle histórico de esta ciudad, se acercó a un menor de 14 años quien llevaba su bicicleta por las manillas, y lo empujó, botándolo de espaldas, arrebatándole la bicicleta. Luego empujó a un amigo del menor quien intentó oponerse a la sustracción de dicha bicicleta, llevándose la. El imputado fue sorprendido en calle Ossa esquina Uribe de esta ciudad andando en la bicicleta”.

A juicio del Ministerio Público los hechos relatados configuran el delito consumado de robo con violencia, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° en relación al artículo 432, ambos del Código Penal, correspondiéndole en el mismo al acusado la calidad de autor, en conformidad al artículo 15 N° 1 del Código Penal, por haber participado de una manera inmediata y directa en los hechos.

El órgano persecutor añadió que al acusado le beneficia la atenuante de responsabilidad penal prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal y que no le perjudican agravantes.

El Ministerio Público manifestó que los preceptos legales aplicables son: los artículos 1, 7, 11 N° 6, 15 N° 1, 29, 67, 69, 72, 432, 436 inc. 1, 450 y 454 del Código Penal, artículos 1, 248, 406 y siguientes del Código Procesal Penal. Fundado en dichas disposiciones y en el hecho reseñado precedentemente, solicitó se le aplique al acusado la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, con costas.

NOVENO: Que de la prueba de cargo rendida se pudo concluir en primer término, la apropiación de especies muebles ajenas, la que aparece plenamente demostrada por los dichos de los referidos testigos, especialmente del funcionario policial que halló la especie de Matías Botero en poder del acusado en un tiempo y espacio próximo al acaecimiento y sitio del suceso, siendo ampliamente reconocidas por tales testigos en las fotografías exhibidas durante la audiencia, demostrándose con estas declaraciones que la especie en cuestión había salido de la esfera de resguardo de su propietario.

En cuanto al ánimo de lucro, se desprende, por la naturaleza de la cosa que se sustrajo, que la intención del acusado fue obtener una ventaja patrimonial de tal apoderamiento.

No obstante con los medios probatorios reseñados, no resultó acreditado que los malos tratamientos de obra que experimentó Botero Zúñiga revistan la entidad y gravedad suficiente para calificar a los mismos, dentro de los parámetros establecidos en el artículo 439 del Código Punitivo, ya que - como se vio - éstos estuvieron destinados a crear confusión en Botero Zúñiga y su acompañante, la que resultó funcional al apoderamiento realizado por el acusado, y en caso alguno constriñó la voluntad de éstos, para oponerse a dicho designio, en términos tales, que luego de acaecido el evento, - como también se vio - se acercaron ambos a éste, oportunidad en la cual recibieron del mismo especies de su propiedad. Medio comisivo el empleado por el acusado, que está expresamente contemplado en el inciso segundo del artículo 436 del Código Penal al indicar que constituye robo por sorpresa la apropiación de dinero u otras especies que los ofendidos lleven consigo cuando se proceda "... haciendo maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión".

DECIMO: Que, de este modo, los dichos de los testigos analizados en los motivos que anteceden, conjuntamente con la prueba documental y evidencia fotográfica aportada, a las que se les debe sumar las convenciones probatorias, apreciados libremente, producen en el Tribunal la convicción necesaria para dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que el día 26 de diciembre de 2004, alrededor de las 12.00 horas, en el muelle histórico de esta ciudad, el imputado se acercó a Matías Botero Zúñiga, quien estaba arrodillado en dicho lugar y procedió a tirarlo de los pies, lo que hizo que golpeará sus brazos contra el suelo, luego de lo cual, inmediatamente, tomó del cuello al acompañante de éste, Edison Nelson Soto Aguilar y seguidamente se apoderó de la bicicleta del primero de los nombrados huyendo del lugar con la misma.

UNDECIMO: Que el hecho establecido configura el delito de robo por sorpresa previsto y sancionado en los artículos 436 inciso 2° en relación al artículo 432 ambas disposiciones del Código Penal, toda vez que se acreditó que el hechor, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, se apropió de una especie mueble ajena, para lo cual realizó una maniobra dirigida a producir su confusión. El accionar descrito por parte del imputado en la acusación, no conlleva ni la entidad y gravedad suficiente de violencia que califique los hechos de la manera solicitada por el Ministerio Público, ya que la violencia en la persona, como medio comisivo del robo, debe excluir aquellas formas de violencia que no inciden en la capacidad personal- corporal- de actuación, sino, como en el caso de autos, en la capacidad instrumental o en las condiciones del medio ambiente en que se desarrolló la acción.

DUODÉCIMO: Que de este modo, el Tribunal ha recalificado el delito de robo con violencia, previsto en el artículo 436 inciso primero del Código Penal, por el cual fuera acusado Jonathan Miranda Montes por el Ministerio Público, a robo por sorpresa previsto en el artículo 436 inciso segundo del Código penal, ya que no se está de acuerdo con la Fiscalía cuando estima que los hechos constituyen un delito de robo con violencia, sustentado en que los actos ejecutados sobre la víctima y su acompañante constituyen malos tratamientos de obra para impedir su resistencia u oposición a que se quitara la especie, pues la misma no tiene la entidad ni gravedad suficiente para ello, como ya en reiterados casos ha resuelto este tribunal. El robo con violencia o intimidación debe entenderse como coacción de la voluntad de las víctimas, esto es, como grave afectación de su libertad

personal, en términos que las vías de hecho o las amenazas estén destinadas directamente a suprimir la capacidad personal de formación o ejecución de la voluntad ejercida para vencer una resistencia opuesta o esperada a la ruptura de la esfera de custodia, más no, como en este caso, que la misma estuvo destinada a incidir en la capacidad instrumental o de reacción de las personas de oponerse a la apropiación, precisamente, mediante la confusión en la que quedaron por la acción del sujeto activo.

DECIMOSÉPTIMO: Que el Ministerio Público en su alegato de cierre indicó que estaba claro que el día 26 de diciembre del 2004, alrededor del medio día, se encontraba el joven Matías Botero con su amigo Edison en el muelle, y que el imputado se acercó a ellos y realizó actos constitutivos de malos tratamientos de obra, los que en definitiva iban destinados a impedir que ellos pudieran defenderse de la apropiación de una especie, la cual estaba detrás de ellos, correspondiendo ésta a una bicicleta. Añadió que el imputado lo que quería era sustraer la bicicleta más nueva, tal como lo declaró la víctima y Edison Nelson Soto Aguilar, la misma que se observó en la fotografía exhibida en la audiencia.

Manifestó también, que para ello el imputado agarró a Matías, lo desestabilizó e intentó que cayera, acción que los jóvenes indicaron que les dio la impresión de que lo que quería el imputado en definitiva, era impedir a toda costa que ellos pudieran oponer resistencia a la sustracción. E incluso si hubiesen caído al agua eso también estaba aceptado o asumido por parte del imputado, como una consecuencia posible de su actuar para impedir que los jóvenes pudiesen actuar en el hurto de la bicicleta.

Por lo expuesto, la Fiscalía estima que este hecho, es constitutivo de un robo con violencia, ya que existe una constancia de lesiones leves, en el dato de atención de urgencia correspondiente al joven Botero. Arguyendo además, que no es sólo eso, lo que determina la violencia de la situación, sino que también los malos tratamientos de obra ejercidos sobre la víctima y el amigo de la misma, los que estuvieron destinados a impedir la sustracción de la bicicleta y no solamente a tomarlos por sorpresa, sino que tenía por objeto evitar que la sustracción se verificara.

En definitiva, concluyó, que la apropiación estaba dada por toda la situación de violencia que vivieron los niños, por que en ellos simplemente no existía la representación de que alguien pudiera acercarse, golpearlos, maltratarlos y después se llevara una bicicleta, constituyendo una situación de violencia que vivieron, en razón de la cual estima que en definitiva, se consumó un robo con violencia y no un delito de robo con sorpresa, en razón de ello solicitó que el acusado fuera condenado a la pena requerida en la acusación y que a éste no se le concediera beneficio alternativo alguno.

El Tribunal debe indicar tal como lo señaló en el veredicto, que el robo con violencia o intimidación debe entenderse como coacción a la voluntad de las víctimas, esto es, como grave afectación a su libertad personal.

El profesor Antonio Bascuñán R., en su obra “El robo como coacción” indica : “que afirmar desde la teoría de los delitos de apropiación que el robo (referido al empleo de violencia o intimidación) es coacción, implica al mismo tiempo afirmar desde la teoría de los delitos de coacción, que es una coacción grave. Esta condición debe concretarse en la interpretación de las respectivas normas legales. Un obvio elemento de lo injusto donde se concreta ese mayor disvalor es la expropiación o pérdida del contenido fáctico de poder sobre la cosa, que es correlativa a la apropiación. A la restricción de la libertad

personal que es el resultado de la coacción, se suma la afectación del libre desarrollo de la personalidad que es producto de la pérdida de poder sobre la cosa”. Agregando: “Empero la mayoría de la doctrina española y alemana no se satisface con esa sola concreción, sino que exige además su expresión en el nivel de los medios coercitivos. Así el robo es coacción grave por ser una coacción de medios comisivos calificados. No cualquier violencia o amenaza coercitiva realiza el tipo del robo, sino sólo aquella que es portadora de un disvalor especialmente grave”.(opus cit.pag.104)

De lo que se sigue que cualquier interpretación de los medios comisivos del robo debe partir de su carácter de medios coercitivos funcionales a la apropiación de la cosa mueble, como premisa básica del análisis dogmático. Afirmando el autor ya citado, al respecto: “Lo dispuesto en los artículos 432 y 439 del Código Penal no deja el menor lugar a dudas al respecto. En el contexto del tipo robo, el uso de la violencia o intimidación en las personas mantiene una conexión primaria con el constreñimiento del comportamiento ajeno, cuyo caso paradigmático es el constreñir a tolerar la apropiación de la cosa mueble. Es precisamente en esta definición del uso de la violencia o de la intimidación donde se encuentra expresado el carácter peculiar del delito de robo, compuesto de lo injusto del hurto y lo injusto de la coacción.”

Concluyendo afirma: **“debe dejarse de lado, que en contexto típico del robo, la violencia y la intimidación no son primariamente medios coercitivos de apropiación de una cosa mueble, sino formas de afectación de la seguridad personal. Es decir, no son una clase o categoría especial de violencia coercitiva o amenaza condicional, sino una denominación genérica para conductas que crean un riesgo o peligro concreto para vida o incolumidad personal. Lo que diferencia ambas interpretaciones, es no reconocer la relevancia de la función de la violencia y la intimidación como medios coercitivos en la fundamentación del injusto del delito de robo. La mayoría de los autores españoles coinciden en considerar lo injusto de la coacción o el efecto de su combinación con la lesión a la propiedad como elementos diferenciados del robo frente al hurto, así el tipo del robo representa una combinación de hurto y coacción de modo tal que la sustracción de la cosa perseguida con intención de apropiación debe ser reforzada mediante una acción calificada de coacción.”**

Fundamentaciones las expuestas que le permitieron al Tribunal señalar en su veredicto, que no se estaba con la fiscalía cuando estimó que los hechos constituían un delito de robo con violencia sustentado en que los actos ejecutados sobre la víctima y su acompañante constituían malos tratamientos de obra para impedir su resistencia u oposición a que se quitara la especie pues, la misma no tuvo la entidad ni gravedad suficiente para ello, ya que el robo con violencia o intimidación debe entenderse como coacción de la voluntad de las víctimas, esto es, como grave afectación de su libertad personal, en términos que las vías de hecho o las amenazas estén destinadas, directamente, a suprimir la capacidad personal de formación o ejecución de la voluntad ejercida para vencer una resistencia opuesta o esperada a la ruptura de la esfera de custodia, mas no, como en este caso, que la misma estuvo destinada a incidir en la capacidad instrumental o de reacción de las personas de oponerse a la apropiación, precisamente, mediante la confusión en la que quedaron por la acción del sujeto activo.

En virtud de lo señalado precedentemente el Tribunal no accederá a lo peticionado por el Ministerio Público en atención a haber recalificado el delito por el cual formuló su acusación, de robo con violencia al de robo por sorpresa y que atendido el

quantum de la pena que este contempla y antecedentes personales del acusado se le concederá un beneficio alternativo.

Tribunal Oral en Lo Penal de Valparaíso. 28 de noviembre de 2005, rit 154-05.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que constituyen hechos de la acusación conforme señala el auto de apertura de este juicio oral, los siguientes: “El día 06 de mayo de 2005, alrededor de las 08.45 horas, el acusado en avenida Pedro Montt con 12 de febrero de esta ciudad, con ánimo de lucro, contra la voluntad de su dueña doña Paula Fernández Urrutia, de 25 años de edad y amenazando a ésta de muerte, si no le entregaba la cartera que llevaba colgada en su hombro izquierdo, le sustrajo dicha especie, huyendo posteriormente por calle 12 de febrero en dirección al mar. Aquella mañana Carabineros de la 2° Comisaría Central que efectuaban un patrullaje preventivo, frente al número 250 de calle 12 de febrero, detuvieron al acusado cuando éste corría llevando consigo la especie sustraída, logrando de esta manera, recuperar la cartera debido a que el acusado, al ver la presencia policial, se deshizo de la misma, lanzándola en las inmediaciones de calle 12 de febrero, siendo recuperada por carabineros desde ese mismo lugar y devuelta posteriormente a la víctima”. A juicio del Ministerio Público, los hechos descritos constituyen el delito consumado de robo con intimidación, previsto y sancionado en los artículos 436 inciso 1° y 439, ambos en relación con el 432, todos del Código Penal, en el cual le cupo al acusado una responsabilidad en calidad de autor, según el artículo 15 N° 1 del Código Penal, y solicita se le imponga la pena de 7 años y 183 días de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales correspondientes, considerando que concurre a su respecto la circunstancia agravante de reincidencia específica del artículo 12 N° 16 del Código Penal.

SEXTO: Que la unión lógica y sistemática de todos los hechos consignados en el razonamiento que precede, permiten tener por establecido mas allá de toda duda razonable, que el día 06 de mayo de 2005, alrededor de las 08.45 horas, en avenida Pedro Montt con 12 de febrero de esta ciudad, el acusado con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueña le arrebató la cartera que ésta llevaba colgada en su hombro izquierdo, huyendo con la especie por calle 12 de febrero en dirección al mar, siendo visto en esta actitud por Carabineros de la 2° Comisaría Central que efectuaban un patrullaje preventivo, quien al verlos se deshizo de la misma, lanzándola en las inmediaciones de esta arteria, logrando Carabineros recuperar la especie desde ese mismo lugar, la que posteriormente devolvieron a la víctima, previo reconocimiento por parte de ésta, hechos que configuran el delito de robo por sorpresa, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 2° del Código Penal.

Que en efecto se acreditaron todos los elementos del tipo penal del delito de robo por sorpresa, esto es, la apropiación de especie mueble, consistente en la acción del acusado de tirar o jalar la cartera desde el brazo de la víctima y huir con ella; la ajenidad de la especie se acreditó con el propio testimonio de la víctima, quien reconoció que la cartera encontrada en el lugar, luego que el acusado la tirara, era de su propiedad, describiendo las especies que en ella se contenían, las que reconoció en la fotografía que le exhibió la Fiscal y con los dichos de los aprehensores ante quienes ésta hizo el reconocimiento; la voluntad en contrario de la víctima se acreditó con la actitud de ésta consistente en afirmar su cartera a fin de que el hechor no se la quitara, hasta que se

cortaron los tirantes de la misma y, con la actitud asumida por la afectada luego de ocurrido el robo, consistente en seguir al sujeto para recuperarla. Por último, la sorpresa necesaria para el tipo penal se acreditó con los propios dichos de la afectada y del acusado, al señalar la primera que sintió un tirón suave, pensando que era algún conocido y la darse vuelta y ver que no lo era sujetó la cartera para que no se la quitara el sujeto, quien le dijo “suéltala o te mato” viendo su mano empuñada, pero luego se dio cuenta que no tenía nada en la mano por lo que siguió forcejeando con la cosa para evitar el despojo de la misma, percatándose que el sujeto era mas bajo que ella, creyendo incluso que era menor de edad, por lo que sintió menos temor, hasta que imaginó que éste podía tener algo entre sus ropas, decidiendo entregar la especie, con la que el sujeto arrancó antes de que ello ocurriera, ya que se cortaron los tirantes, en tanto el acusado señaló que le tiró la cartera en tres segundos y arrancó con ella. Que el robo por sorpresa admite cierto grado de empleo de la fuerza para lograrse la apropiación de la especie, siempre que el forcejeo sea sobre la cosa y no las personas, como ocurrió en el caso, ya que la fuerza que empleó el acusado fue sobre la cartera que la víctima portaba, con el fin de que la soltara, ante la resistencia que ésta oponía al despojo.

Que se ha desestimado de esta manera la calificación jurídica que de estos hechos efectuó el ente acusador, desde que a juicio de las sentenciadoras no se acreditó el elemento “intimidación” requerido por el tipo penal en cuestión. En efecto, para el Ministerio Público la intimidación desplegada por el agente, estuvo destinada a procurar que la víctima manifestara la cosa, esto es, su cartera, acción consistente en haber proferido palabras amenazantes tales como “suéltala o te mato” o “si no la sueltas te vas a morir”, al tiempo que empuñaba una de sus manos como portando algún elemento intimidatorio, todo ello luego de haber dado un primer tirón a la cartera sin lograr quitársela porque la víctima la sujetó, sin embargo se estableció plenamente en el juicio que ni la acción indicada, ni las expresiones proferidas estuvieron acompañadas de la exhibición de algún tipo de arma que pudiera haber confirmado al sujeto pasivo la posibilidad cierta del cumplimiento de tal amenaza, lo que se encuentra corroborado con el testimonio de los funcionarios aprehensores Julio Jeraldo y Calderón Castillo, quienes señalaron no haber encontrado armas en poder del encartado al momento de ser registrado en el lugar de la detención, debiendo consignarse que ésta se produjo a sólo escasos minutos y metros de ocurrido el hecho punible pesquisado.

Que, en términos generales, la intimidación “...es crear en la víctima el temor de un daño físico inmediato para sí o para otra persona presente, sea que la amenaza se haga explícitamente, sea que se desprenda inequívocamente de las circunstancias (poner el revólver al pecho).....” (Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal; Parte Especial, Tomo III), encontrándose de esta manera la víctima imposibilitada para resistir, por la reacción de temor que en ella provoca la amenaza directa e inmediata que se ha vertido sobre su persona u otra presente. En otras palabras, en la figura penal del robo con intimidación la defensa privada se ve debilitada por una situación de peligro para otro bien jurídico como la vida, la salud o la integridad corporal del afectado; de allí la más elevada penalidad de este tipo de robo, justificada por la necesidad de proteger esos otros bienes.

Que, a contrario sensu, el sólo temor que experimenta la víctima de que puedan emplearse armas u otros medios violentos no es suficiente para configurar este ilícito, si no ha habido por parte del hechor una amenaza explícita o implícita como la exhibición de armas u otras actitudes amenazadoras. Que, en otras palabras, lo que interesa es que las acciones intimidatorias que realiza el agente

afecten la libertad del sujeto pasivo, impidiéndole reaccionar en su defensa coaccionado por el miedo.

Que, efectuadas estas consideraciones doctrinarias previas, **cabe preguntarse, entonces, si las expresiones vertidas por el agente y la acción desplegada por éste, consistente en empuñar una de sus manos y proferir palabras amenazantes, pueden ser consideradas, objetivamente, como suficientes, en los términos que lo requiere el tipo penal de que se trata y, si en el caso concreto que nos ocupa, ellas provocaron efectivamente este temor en la víctima. Este Tribunal estima que la acción realizada por el acusado unida a la expresión “suéltala o te mato” que dirigió el sujeto activo a la afectada luego de tirarle la cartera, las que en el hecho no estuvieron acompañadas de otra acción de su parte que pudiera haber creado en la víctima el justo temor de que el mal prometido pudiera efectivamente verificarse en ese momento, resultan insuficientes para configurar, por sí solas, la intimidación propia del tipo penal del robo por el que se acusó, entendiéndose estas sentenciadoras que, en general, los actos de amedrentamiento deben ser aptos para provocar, en el hombre común, miedo o temor de verse afectado el mismo o un tercero presente, en su vida, salud o integridad corporal, no alcanzando a satisfacer estas exigencias cualquier tipo o clase de acción intimidatoria, como las señaladas en la especie.**

Que este Tribunal estima además, que la intensidad del temor que pudo sufrir la víctima, no puede quedar al sólo arbitrio de lo que ésta señale haber sentido en ese momento, ya que por tratarse de un elemento muy subjetivo debe ser examinado a la luz de otros antecedentes que le den objetividad, como es precisamente la actitud asumida por la afectada con posterioridad al hecho, ya que ésta, lejos de quedar paralizada por el miedo, como señaló, salió detrás del acusado, hecho que fue advertido por los Carabineros que la vieron venir hacia ellos desde el lugar de los hechos, en circunstancias que la calle continuaba desierta, y tampoco pidió auxilio al chofer del taxi colectivo que apareció de inmediato en el lugar y le preguntó qué le sucedía, demostrando con tal actitud que el miedo que en un principio ella afirmó haber sentido, ya había desaparecido, lo que en el presente caso no se condice con lo que supone haber sentido la misma en ese momento.

1.3. Teorías subjetivas y objetivas respecto a la intimidación

1.3.1. Jurisprudencia que sostiene la teoría objetiva

Corte de Apelaciones de San Miguel, 10 de marzo de 2000, rol 2654-99

Considerandos relevantes:

3.- Que, cabe tener especialmente en consideración la ratio legis que subyace en la figura penal de robo con intimidación, cual es la de reprimir severamente una acción que pone en serio peligro, cierto y actual o inminente, otro bien jurídico personalísimo, de superior jerarquía que la propiedad, como la vida, la integridad la libertad la seguridad

individual. (Sentencias de esta Corte, Gaceta Jurídica N° 192, pág. 126 y ss.; Gaceta Jurídica N° 199, pág. 146 y ss.).

4.- Que, en tal virtud, lo único que puede tenerse como suficientemente comprobado, para los efectos de las exigencias contenidas en el artículo 456 bis del Código Procesal Penal, es que en cada uno de los dos casos antes singularizados, un sujeto se apropió, sin la voluntad de su dueño de especies muebles, incurriendo en la hipótesis delictiva de hurto, prevista y sancionada en los artículos 432 y 446 del Código Penal.

5.- Que, los funcionarios aprehensores incautaron el arma utilizada por el reo para amenazar al ofendido Víctor Pizarro Arancibia, arma cuyas características son expresadas en el informe técnico de fs. 73 y 74: El revólver a fogueo marca Dominó, modelo 350, periciado, no es considerado apto como arma a fogueo ni como arma de fuego adaptada, en sus actuales condiciones.... Antes de formular esta conclusión, los peritos detallan los desperfectos y anomalías que presenta el estado mecánico del objeto examinado, no siendo posible accionar sus mecanismos.

6.- Que, las circunstancias de hecho comprobadas con el peritaje en cuestión llevan indefectiblemente a concluir que el arma incautada al procesado y que éste habría empleado como instrumento delictivo, carecía de toda idoneidad o aptitud para poner relevantemente en peligro los intereses personalísimos del tenedor de las especies apropiadas.

7.- Que, en torno a la intimidación, como elemento del tipo de robo, este tribunal ha señalado lo siguiente:

De acuerdo al artículo 436 inciso primero del Código Penal, se castiga severamente el denominado robo simple, aun cuando la violencia se integra únicamente con lesiones menos graves y leves y a la utilización de fuerza física se equipara y produce igual consecuencia punitiva la coacción, esto es, la intimidación o amenaza en cuanto medio para conseguir la apropiación.

El ataque a los intereses pecuniarios reviste en esta hipótesis específica una particular intensidad, que deriva, como se ha puntualizado, del empleo de medios de agresión que representan una ofensa grave a bienes jurídicos de gran valía, con el propósito de facilitar el apoderamiento, de consumarlo o de favorecer la impunidad (artículo 433, inciso primero, Código Penal).

El delito de robo con intimidación en las personas constituye una hipótesis compleja, pluriofensiva, en la cual se reúnen, en una sola abrazadera típica, dos acciones diferentes, constitutivas cada una, de un ilícito penal autónomo, las que por efecto de la estrecha conexión objetiva y subjetiva que los unifica, pasan a ser – alterándose las reglas sobre concurso de delitos– una unidad específica, representativa de un mayor injusto al que es propio de cada hecho estimado por separado y que por tal razón es drásticamente sancionada.

De lo anterior surge como corolario, que el contenido de injusto del comportamiento típico en análisis no reside primordialmente en la agresión a la propiedad, sino en el daño efectivo o puesta en peligro de la integridad física de las

personas. (Gaceta Jurídica Nº 192, pág. 126 y ss., Gaceta Jurídica Nº 199, pág. 146 y ss., Gaceta Jurídica Nº 204, pág. 158 y ss.).

10.- Que, no es cualquiera clase de amenaza dirigida contra una persona la que satisface el tipo complejo –particularmente grave– de robo. Sólo una intimidación que ponga en peligro de modo relevante y en forma concreta la vida, la salud o la integridad corporal puede racionalmente equipararse a la violencia y dar lugar a un delito que, como el robo simple figura entre los más graves de nuestra legislación penal (cnfr. Jorge Mera Figueroa, Revista de Ciencias Penales, tomo y volumen ya citados, pág. 118).

11.- Que, parece estar fuera de duda que la intimidación, asimilada por la ley a la violencia, deberá estar revestida de la suficiente entidad, en términos de puesta en peligro de un bien jurídico personalísimo, que permita equipararla en el caso concreto, a las acciones de maltrato corporal propias de una noción de violencia.

Corte de Apelaciones de San Miguel. 09 de junio de 2000, rol 2439-99

Considerandos relevantes

Se previene que el Abogado Integrante don Carlos Kunsemüller Loebenfelder estuvo por modificar la calificación jurídico-penal atribuida al hecho de autos e imponer una pena concordante con ella, conforme a las siguientes consideraciones:

1.- Que, la apropiación del automóvil taxi marca Daewoo y otras especies personales del denunciante fue obtenida merced a la intimidación efectuada en la persona de aquél con un revólver a fogueo, descrito en el peritaje balística de fs. 68 como un "arma a fogueo propiamente tal ...que no es un arma de fuego convencional...". Antes de esta conclusión se indica que el objeto periciado sólo es apto para percutir y hacer estallar cartuchos a fogueo, que emiten ruidos similares a los que producen los cartuchos convencionales.

2.- Que, el tipo de robo con violencia o intimidación en las personas es una hipótesis compleja, en la que se han reunido, en una sola abrazadera típica, dos acciones lesivas de bienes jurídicos muy distintos entre sí, como son la propiedad y la integridad física del sujeto pasivo.

3.- Que, la equiparación de los elementos violencia (maltrato físico) e intimidación (amenaza o coacción compulsiva), lleva a concluir que la ratio legis del precepto legal es penalizar con especial rigor las situaciones en que los bienes jurídicos personalísimos del ofendido se ven dañados materialmente o expuestos a un peligro serio, real, concreto y significativo.

4.- Que, no toda intimidación utilizada como medio apropiatorio de cosas ajenas puede satisfacer el tipo complejo que nos ocupa; sólo producirá tal efecto la coacción que implique en el hecho una amenaza seria contra la integridad del sujeto pasivo de la agresión. De otro modo, carecería de justificación racional la equiparación hecha por el legislador de violencia e intimidación, como medios ejecutivos del apoderamiento.

5.- Que, la especial gravedad de la figura delictiva del artículo 436 inciso primero del Código Penal, reside, no en la afectación de los valores patrimoniales, sino en el daño o peligro causado a bienes jurídicos de mayor jerarquía constitucional, como la vida, la integridad corporal, la salud, la seguridad individual.

6.- Que, en la especie, la amenaza contra el taxista, fue realizada, como ha quedado dicho, con un revólver a fogueo, calificado por expertos en balística como un objeto que no es arma de fuego convencional.

7.- Que, por lo señalado, la utilización de dicha arma, que carece de aptitud para crear un peligro serio y concreto para la integridad personal del afectado, no puede fundamentar la tipificación del hecho como robo con intimidación.

8.- Que, este Tribunal ha adherido, a través de anteriores pronunciamientos, a la doctrina según la cual el elemento típico "intimidación" denominador de una modalidad ejecutiva de robo, sólo puede tenerse por establecido, para los efectos del tipo objetivo, en los casos en que –fuera de toda duda– surge como hecho cierto e indubitable que la integridad personal del ofendido estuvo –merced a la acción del sujeto pasivo– seriamente amenazada con el sufrimiento de un detrimento relevante. (Gaceta Jurídica Nº 192, pág. 126; Gaceta Jurídica Nº 207, pág. 151, sentencia de 30.05.2000, Ingreso Nº 3.654-99).

9.- Que, la pena asignada por la ley al delito de robo que nos ocupa es superior a la del homicidio simple, circunstancia ésta, que contribuye, sin duda a reforzar la convicción de que la intimidación para apropiarse de cosas ajenas ha de poseer una indiscutible aptitud en orden a poner en serio, real, efectivo y actual o inminente riesgo la personalidad física de un individuo, desde que estamos ante un tipo complejo, lo que haría explicable, en concepto de la ley, la elevada pena del delito de robo, en el cual, sin embargo, la vida humana no es destruida; al menos, en la hipótesis simple, (436 inciso primero).

10.- Que, no es irrelevante considerar que tratándose precisamente de la utilización de un arma a fogueo, para sustraer cosas ajenas, se ha calificado el ilícito respectivo de hurto y no de robo con intimidación, "ya que el empleo de un arma a fogueo no constituye una amenaza seria contra la integridad del ofendido con el delito". (Corte de Apelaciones de Santiago, 24.10.88, Revista de Ciencias Penales, T. XLII, Nº 3, 1990-1994, pág. 116).

11.- Que, el fallo antes mencionado ha sido comentado favorablemente por el profesor Jorge Mera Figueroa, en cuya opinión experta no basta con que haya existido intimidación, sino que es preciso, además, dado el carácter complejo y pluriofensivo de la figura, que dicha intimidación tenga idoneidad para afectar la seguridad física de las personas, esto es, poner en peligro su vida, su salud o su integridad corporal. En el caso examinado, la intimidación –amenaza con arma a fogueo– no tiene, por la propia naturaleza del medio empleado, la capacidad siquiera potencial, de afectar en manera alguna la personalidad física de la víctima. (Revista de Ciencias Penales, op. cit., págs.122, 123).

12.- Que, no resulta plausible entender como suficiente, a los efectos del concepto penal de intimidación, que este pueda satisfacerse con un criterio meramente subjetivo, correlativo a una representación personal que pueda efectuar el sujeto pasivo de la

agresión –sentir temor o miedo– a pesar de, que sus bienes jurídicos personalísimos no se vean expuestos de manera concreta y relevante a sufrir una lesión o daño. La mera creencia, suposición, aprensión o temor del ofendido, de que pueda experimentar algún daño como consecuencia del empleo de un medio objetivamente inidóneo para causarlo – por ejemplo arma de juguete, a fogueo, simulada, etc.– no puede sustentar racionalmente una pena tan elevada como la señalada en el artículo 436 inciso primero del texto penal, ni por lo mismo, una equiparación entre intimidación y violencia.

13.- Que, nuestro Código de Procedimiento Penal consagra como un principio general el de que la condena sólo puede basarse en una convicción plena del juzgador acerca de los dos extremos indicados en el artículo 456 bis del Código respectivo, debiendo emitirse una decisión absolutoria si tal convencimiento no llega a formarse.

14.- Que, el postulado "in dubio pro-reo" también puede ser invocado como una directriz valiosa en las situaciones de incertidumbre que hacen vacilar al ente jurisdiccional.

15.- Que, ante una tal situación de falta de certeza sobre un elemento esencial del tipo delictivo –intimidación– no es posible calificar el hecho como el robo sancionado en el artículo 436 inciso primero del Código punitivo.

16.- Que por lo tanto, sólo puede tenerse por acreditado en la forma requerida por el precepto garantista ya invocado –456 bis del Código Procesal Penal– que una persona fue desposeída de su automóvil y otras pertenencias, sin su voluntad por un sujeto que actuó con propósito de lucros no existiendo seguridad de que el ofendido haya sido intimidado en términos de verse expuestos sus intereses más personalísimos a un serio, grave y coetáneo peligro.

17.- Que, en consecuencia, la única calificación jurídico-penal que procede atribuir al apoderamiento que se imputa al sentenciado, es la de hurto de especies. Dada la naturaleza y valor ordinariamente asignable a un vehículo motorizado (taxi marca Daewoo), como el sustraído al denunciante, conjuntamente con otras especies personales, es razonable avaluar lo hurtado en una suma superior a 40 Unidades Tributarias Mensuales, conforme al artículo 455 del Código Penal, siendo aplicable la figura del artículo 446 N° 1 de ese cuerpo legal.

18.- Que, atendidas las características, modalidades y circunstancias del hecho incriminado, como asimismo, la intensidad del reproche penal formulable al acusado – debiendo situarse la pena en su tramo mínimo, atendida la atenuante reconocida– procede imponer la de cuatro años de presidio menor en su grado máximo.

19.- Que, no está de más recordar que los principios de lesividad y proporcionalidad de la pena han de limitar el ejercicio del ius puniendi estatal, otorgando, por su parte, la moderna Penología especial relevancia resocializadora a las medidas alternativas a la reclusión.

Tribunal Oral en Lo Penal de Antofagasta. 26 de octubre de 2004, rit 120-04.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que el Ministerio Público fundó su acusación, en que “El 23 de mayo del 2004 a las 18:00 horas aproximadamente, en el Parque de los Eventos de esta ciudad, Mario Valentin Torres Gatica amenaza e intimida a Guillermo Andres Jimenez Araya, sustrayéndole una pelota de fútbol y gorro que portaba. Este hecho es observado por el hermano de la víctima Leonardo Francisco Jimenez Araya. Luego el acusado se da a la fuga y es detenido a escasa distancia del lugar, portando las especies, por los funcionarios policiales Edgar Mauricio Araya Pizarro y Angelica Maria Bufadel Angel.”

La Fiscalía califica los hechos antes descritos como constitutivos del delito de robo con intimidación, en grado de consumado y solicita se aplique al imputado la pena de cinco años de presidio mayor en su grado mínimo (sic), las 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, todo lo anterior conforme al artículo 28 del Código Penal y al pago de las costas de la causa, considerando además, que a su juicio le beneficia la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal y lo perjudica la agravante especial del artículo 456 bis N° 2 del mismo cuerpo de leyes.

Tal acusación fue expuesta por dicho interviniente en su alegato de apertura, ofreciendo acreditar el delito y la participación del acusado.

NOVENO: Que con los testimonios de los menores Guillermo Andrés y Leonardo Francisco Jiménez Araya, de los carabineros Edgar Araya Pizarro y Angélica Bufadel Ángel, junto con las fotografías y certificados de nacimientos incorporados, sin perjuicio de la confesión del propio acusado, se puede establecer, más allá de toda duda razonable, que en horas de la tarde del día domingo 23 de mayo del año en curso, en circunstancias que los hermanos Guillermo Andrés y Leonardo Francisco Jiménez Araya, de 14 y 11 años respectivamente, se encontraban jugando en la Plaza de los Eventos de esta ciudad, Mario Torres Gatica se les acercó y recogió un gorro tipo jockey que los niños habían dejado en el suelo, al tiempo que entabló una conversación con ellos. Acto seguido, se introdujo una mano en un bolsillo de su vestimenta haciendo un gesto y les manifestó bruscamente que la pelota con la que jugaban también se la llevaría, retirándose del lugar con dichas especies, cuyo valor regula prudencialmente el tribunal en la suma de diez mil pesos, después de decirles que se quedaran callados y se fueran para la casa.

DÉCIMO: Que los hechos así descritos, constituyen el ilícito contemplado en el artículo 494 N° 19 del Código Penal, toda vez que el agente se apropió de cosas muebles ajenas de un valor inferior a 1 UTM, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, no empleando para ello violencia o intimidación en las personas, resultando acreditada la participación de Mario Torres Gatica con la misma prueba referida en el considerando precedente, toda vez que intervino en el hecho punible de una manera inmediata y directa, en los términos de lo dispuesto en el N°1 del artículo 15 del Código Penal, sin perjuicio de que él mismo reconoció pacíficamente la apropiación de las especies de los menores, de lo cual, a su vez, puede derivarse directamente que obró con ánimo de lucro, máxime desde que afirmó que el jockey se lo quería dejar para sí y la pelota la pretendía vender.

UNDÉCIMO: Que se disiente de la opinión del Ministerio Público en orden a estimar que estos hechos constituyan el delito de robo con intimidación, toda vez que de

la conducta del hechor no puede necesariamente colegirse que haya existido una amenaza seria y relevante a la integridad física de las víctimas, puesto que el solo hecho de llevarse las manos a los bolsillos y manifestarles que se llevaría las especies, no constituye coacción en los términos que exige la ley para configurar intimidación y equipararse así a la gravedad de la violencia en el tipo penal del artículo 433 del Código del ramo.

En efecto, los dichos de las tres personas que participaron en los hechos, esto es, el acusado y las víctimas, coinciden en lo sustancial en la forma de ocurrencia de los hechos, situación que se vio corroborada con el relato de los funcionarios que participaron en la detención de Torres al corto tiempo después de producida la apropiación, todos los cuales están contestes en que el acusado se acercó a los menores, les conversó y acto seguido, en forma brusca, les exigió la entrega de una pelota, mientras se ponía un jockey de propiedad de ellos, obteniendo así su propósito delictivo. Por lo tanto, la discusión jurídicamente importante se vio reducida a determinar si el acusado se introdujo o no la mano a los bolsillos y si esa acción constituye o no intimidación en los términos que exige la ley para castigar por la figura del artículo 436 del Código Penal.

DUODÉCIMO: Que en ese contexto, la versión de los niños en cuanto a que el acusado se introdujo su mano al bolsillo se hizo indubitada para el tribunal toda vez que ambos menores refirieron en forma casi idéntica los hechos e impresionaron sus testimonios como verosímiles y fidedignos. Sin embargo, Guillermo señaló que el sujeto los “apuntó” con su mano en los bolsillos y Leonardo dijo que “mostraba” algo en su bolsillo, expresiones que si bien son similares, demuestran que la percepción de la supuesta amenaza fue distinta en ambos, no pudiéndose precisar entonces cual fue la acción.

El accionar del acusado entonces, quedó reducido a un hablar brusco y al introducirse su mano al bolsillo haciendo un gesto, ambas conductas que impresionaron a las víctimas como amenazas, mismas que los hicieron ceder y permitir que el sujeto se llevara las especies, o más bien, que entregaran la pelota y se llevara el gorro, pues éste ya se lo había puesto una vez que lo recogió del suelo, según lo manifestaron ambos hermanos, quienes no vieron ninguna arma u objeto, ni escucharon otra palabra del imputado más que la expresión “¡La pelota también me la llevo!”.

En este sentido, útil es mencionar los requisitos de la amenaza para que constituya intimidación, según la gran parte de la doctrina y jurisprudencia nacional. En primer término debe ser seria, esto es, debe existir objetivamente, sea de forma explícita o implícita. “Una amenaza inexistente objetivamente, dicha en broma, chanza, banal o absurda, o que sólo es imaginada por la víctima (debido a las ropas, los gestos o aspectos del supuesto agresor) es impune, aun si se entregan las especies por un temor imaginario de la víctima”. (S. C. A. San Miguel, 23/01/2001). Y además, debe ser inminente, esto es, se exige la inmediatez del mal que seguirá a la amenaza, de no conseguirse por el agente la entrega o manifestación de la cosa. Finalmente, este mal debe ser verosímil, es decir, “debe parecer posible a ojos del ofendido (posibilidad relativa), conforme a un juicio ex ante de un tercero puesto en la concreta situación fáctica de que se trate”. (Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. P. 346); y grave, o sea, tiene que relacionarse con la esencia del delito que se trata, esto es, con un mal que importe un ataque a la integridad de las personas con relativa gravedad (Bustos PE. 1991, 175).

En la especie, del hecho establecido, acompañado de las circunstancias concomitantes, tales como la luminosidad del lugar y la importante afluencia de gente, ambas situaciones aseveradas por el Cabo Araya, se infiere que la amenaza que sintieron los menores no reúne el requisito de seriedad expuesto en el párrafo anterior, pues el sujeto no portaba ningún elemento o arma que pusiera en peligro inminente y real a las víctimas, resultando comprensible el miedo sufrido por ellos en personas de su edad, para quienes, como bien lo sostuvo el propio señor Fiscal, el mero hecho de acercárseles un desconocido, puede causarles cierto temor, por lo que lógicamente la acción de Torres de llevarse las manos a los bolsillos, hacer algún tipo de gesto y hablarles fuertemente, hizo que su voluntad fuera doblegada rápidamente.

Así, siendo el delito de robo con intimidación una hipótesis normativa compleja y pluriofensiva, que está castigada rigurosamente por el legislador pues la equipara a la violencia o fuerza física usada en contra de la víctima, no puede satisfacerse con un criterio meramente subjetivo, mirando exclusivamente el temor del ofendido, sino que además, requiere de una idoneidad del acto intimidatorio para generar una situación de peligro concreto para bienes jurídicos personalísimos, puesto que la antijuridicidad de la conducta se aprecia no sólo en la afectación de la propiedad, sino en la real puesta en peligro de la integridad física de las personas, situación que no se da en el presente caso por la sola impresión o miedo que experimentaron los niños ante una amenaza irreal que imaginaron como cierta.

Cabe hacer presente que las normas siempre son abstractas y generales pues pretenden englobar la mayor cantidad de casos posibles, por lo que la expresión amplia “cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega”, que utiliza el artículo 439 del Código Penal, al referirse al significado del término violencia o intimidación, debe entenderse referida a las acciones que tiendan a sortear la natural oposición de un hombre medio, mediante una situación concreta de peligro que lo obligue a ceder; y en este sentido, el hecho de ser la víctima un menor de edad, que por razones de fragilidad de carácter propia de su falta de experiencia en razón de su edad, pueda ceder su voluntad ante cualquier tipo de amenaza, por ínfima que sea, debe necesariamente llevarnos a concluir que estamos en presencia de un hurto, el que, por regla general, por la especiales características del sujeto pasivo, debe agravarse con la circunstancia especial del N°2 del artículo 456 bis del Código del ramo, esto es, “ser la víctima niño, anciano, inválido o persona en manifiesto estado de inferioridad física”.

1.3.2. Jurisprudencia que sostiene la teoría subjetiva

Corte de Apelaciones de Santiago. 23 de marzo de 2006, rol 232-06.

Considerandos relevantes:

Sexto: Que la invocación por parte de la recurrente que la intimidación no sería posible con un arma de fogueo, cabe consignar que el propio legislador en el artículo 439 del Código Penal determinó la forma de cómo podría manifestarse la intimidación en las

personas al utilizar la frase cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega, lo que en concordancia con el uso de un arma de las previstas en el artículo 132 del Código punitivo, resulta apta para generar convicción de la intimidación en la víctima;

Séptimo: Que además el concepto de intimidación en el robo debe analizarse desde la perspectiva subjetiva, esto es, el efecto que produce en la víctima y como afecta su libertad de actuar, siendo suficiente la presencia de medios aptos para producir temor, sin requerirse que sean objetivamente eficaces para cumplir su cometido, de tal manera que, basta la actitud del sujeto activo sin importar que la víctima ignore la eficacia, siendo bastante y suficiente para provocar temor y ansiedad en el ánimo con capacidad de inhibir la voluntad de la víctima.

Corte Suprema. 01 de junio de 2006, rol 5007-03.

Considerandos relevantes:

Tercero: Que el recurrente sostiene que el fundamento de la mayor severidad a que se refiere el considerando anterior se encuentra en el hecho de que el robo con intimidación es de tipo pluriofensivo, cuya conducta rectora no sólo tiende a lesionar la propiedad ajena, sino que, además, pone en peligro -e incluso, puede también vulnerar- la salud o la integridad corporal del ofendido o de terceras personas.

Cuarto: Que el argumento aludido precedentemente, si bien no es del todo inexacto, no logra explicar adecuadamente el motivo de la severidad con que se castigan las distintas hipótesis del robo con violencia o intimidación contempladas por la ley: Pues, en efecto, no ha de olvidarse que, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 439 "in fine" del Código Penal "hará también violencia" -y por consiguiente, será asimismo castigado como autor de un robo de esta clase- "el que para obtener la entrega o manifestación (de la cosa) alegase orden falsa de alguna autoridad" o la diere por sí, fingiéndose ministro de justicia o funcionario público". No puede caber duda de que la justificación propuesta en el libelo no funciona en los casos a que se refiere la parte final del artículo 439 del Código Penal, pues en ellos el comportamiento del hechor no genera riesgo alguno para la vida o integridad corporal de la víctima.

Quinto: Que lo que, en cambio, **es común a todas las hipótesis de robo con violencia e intimidación, es más bien, que cualquiera de ellos presupone, además del ataque contra la propiedad, una lesión de la libertad del ofendido, cuya voluntad se doblega, sea ejerciendo sobre él la violencia física, sea infundiéndole el temor de ser objeto de tal violencia, sea haciéndole creer que la entrega o manifestación de la cosa le está impuesta imperativamente por autoridad con derecho a exigirla (artículo 439 in fine), sea aprovechándose de la confusión que le causa lo sorpresivo de la agresión, en el caso del tipo privilegiado contemplado en el artículo 436 inciso segundo del Código Penal. Curiosamente este criterio de justificación de la pena agravada del robo, generalmente puntualizado por la literatura española (véase, por sólo citar alguno, José María Rodríguez Devesa, Derecho Penal Español. Parte especial, Madrid, 1980, página 432, y Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal. Parte especial, Sevilla, 1985, página 209, quien cita también otros bienes jurídicos vulnerados, tales como la "integridad física, la honestidad, etc."), entre nosotros tan sólo**

pareciere haber sido vislumbrado por Garrido Montt (Derecho Penal, Santiago, 2000, tomo IV, 94.5, página 18).

Sexto: Que, puestas las cosas de la forma precisada, **lo que importa para apreciar una intimidación en el sentido de los artículos 432, 433, 436 y 439 del Código Penal, es que el autor se sirva de un medio capaz de infundir en la víctima el temor de ver atacada su integridad corporal, su salud o su vida, doblegando de ese modo su voluntad contraria a la manifestación o entrega de las cosas. Con eso basta. En cambio, no es preciso que el medio en cuestión sea, además, idóneo para causar efectivamente tales lesiones, pues la libertad del ofendido se habrá quebrantado lo mismo en uno y otro caso.**

Séptimo: Que, con arreglo al punto de vista expresado, en el caso "sub-lite", concurren sin dudas los presupuestos para considerar presente la intimidación. En efecto, basta ver la reproducción fotográfica del instrumento empleado por el acusado Torres Alcántara, agregado a fs. 32 de los autos, para apreciar que se trata de un objeto que reúne todas las características exteriores de un arma de fuego auténtica y que, por consiguiente, el amenazar con ella a personas corrientes, como las ofendidas, era apta para infundirles el temor de ser lesionadas o muertas si no accedían a entregar las cosas de que el hechor se proponía apoderarse, esto es, para quebrantar su voluntad de resistir, lesionando así su libertad.

Octavo: Que, **de todo lo dicho, resulta que, contra lo sostenido por el recurrente, el medio empleado por el autor del ilícito era idóneo para intimidar y, en consecuencia, al calificar los hechos ejecutados por Torres Alcántara como robo con intimidación, los jueces del fondo no incurrieron en error de derecho alguno y, por el contrario, dieron correcta aplicación a la ley en vigor.**

Tribunal Oral en Lo Penal de Antofagasta. 26 de octubre de 2004, rit 120-04.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que el Ministerio Público fundó su acusación, en que "El 23 de mayo del 2004 a las 18:00 horas aproximadamente, en el Parque de los Eventos de esta ciudad, Mario Valentin Torres Gatica amenaza e intimida a Guillermo Andres Jimenez Araya, sustrayéndole una pelota de fútbol y gorro que portaba. Este hecho es observado por el hermano de la víctima Leonardo Francisco Jimenez Araya. Luego el acusado se da a la fuga y es detenido a escasa distancia del lugar, portando las especies, por los funcionarios policiales Edgar Mauricio Araya Pizarro y Angelica Maria Bufadel Angel."

La Fiscalía califica los hechos antes descritos como constitutivos del delito de robo con intimidación, en grado de consumado y solicita se aplique al imputado la pena de cinco años de presidio mayor en su grado mínimo (sic), las 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, todo lo anterior conforme al artículo 28 del Código Penal y al pago de las costas de la causa, considerando además, que a su juicio le beneficia la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal y lo perjudica la agravante especial del artículo 456 bis N° 2 del mismo cuerpo de leyes.

Tal acusación fue expuesta por dicho interviniente en su alegato de apertura, ofreciendo acreditar el delito y la participación del acusado.

NOVENO: Que con los testimonios de los menores Guillermo Andrés y Leonardo Francisco Jiménez Araya, de los carabineros Edgar Araya Pizarro y Angélica Bufadel Ángel, junto con las fotografías y certificados de nacimientos incorporados, sin perjuicio de la confesión del propio acusado, se puede establecer, más allá de toda duda razonable, que en horas de la tarde del día domingo 23 de mayo del año en curso, en circunstancias que los hermanos Guillermo Andrés y Leonardo Francisco Jiménez Araya, de 14 y 11 años respectivamente, se encontraban jugando en la Plaza de los Eventos de esta ciudad, Mario Torres Gatica se les acercó y recogió un gorro tipo jockey que los niños habían dejado en el suelo, al tiempo que entabló una conversación con ellos. Acto seguido, se introdujo una mano en un bolsillo de su vestimenta haciendo un gesto y les manifestó bruscamente que la pelota con la que jugaban también se la llevaría, retirándose del lugar con dichas especies, cuyo valor regula prudencialmente el tribunal en la suma de diez mil pesos, después de decirles que se quedaran callados y se fueran para la casa.

Se previene que la Juez Claudia Lewin Arroyo, estimó que los hechos acreditados constituyen el delito de robo con intimidación previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, atendiendo a la totalidad de la maniobra desplegada por el acusado, esto es abordar y conversar con dos niños, para en ese contexto apropiarse de un gorro y luego pedirles la entrega de la pelota que tenía el menor de ellos, requerimiento que si bien no se realizó mediante una amenaza de tipo verbal, sí se ejecutó cuando simultáneamente se llevaba una mano al bolsillo en términos tales que los niños percibieron que tenía algo con lo que podía causarles daño, en efecto, Guillermo Jiménez refirió que el individuo los apuntó, que pensó que tenía un arma y podía hacerles algo, especialmente a su hermano chico; en tanto que Leonardo Jiménez señaló que el sujeto les pidió la pelota en forma agresiva y se metió la mano al bolsillo como “mostrando alguna cosa” y que le entregó la pelota por que vio a su hermano asustado. Para acreditar la entidad de la amenaza y el efecto que ésta causó en los niños, el Ministerio Público hizo declarar en la audiencia a la psicóloga Carmen Gloria Morales, que manifestó que – a petición del fiscal- tomó contacto con ambos niños y los evaluó, constatando que los dos estaban afectados a consecuencia de un delito ocurrido en el parque Los Eventos, explicó que Guillermo presentaba un stress agudo que fue necesario abordar con intervención terapéutica.

Considerando particularmente la condición de menores de edad de las víctimas y que después de ocurridos los hechos fueron evaluados por una profesional que advirtió que se encontraban afectados emocionalmente, se estimó que sufrieron una amenaza –aunque implícita- que reunió la seriedad, gravedad y verosimilitud suficiente, como para configurar el delito por el cual el Ministerio Público acusó, examen que debe hacerse no sólo objetiva sino subjetivamente, esto es, considerando la perspectiva de quien sufre la amenaza, en este caso dos menores, situación que fue conocida –y quizá hasta escogida- por el acusado.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que los hechos materia de la acusación, según el auto de apertura del juicio oral, consisten en que el día 17 de abril de 2002, siendo aproximadamente las 15:00 horas, el acusado ya individualizado junto a otro individuo ingresaron al interior de un domicilio ubicado en Las Compañías de esta ciudad de La Serena y procedieron a intimidar con un arma blanca (instrumento metálico) y un palo a dos trabajadores que se encontraban en este lugar para sustraer y apropiarse, mediando dicha intimidación, contra la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, de diversas especies muebles que en el interior de dicho domicilio se encontraban, entre las cuales se cuentan un equipo musical con dos parlantes color negro, un televisor color negro, un microonda color blanco, un mini componente color negro, un cilindro de gas, un calentador de agua, un cubrecama floreado y diferentes prendas de vestir todo perteneciente a don Agustín Enrique Contreras Valdés. Luego de cometido el delito, el acusado junto al otro sujeto huyeron del lugar con las especies en su poder, siendo detenidos más tarde por Carabineros.

Los hechos descritos, a juicio del Ministerio Público, resultarían constitutivos del delito de robo con intimidación, previsto y sancionado en el inciso 1º del artículo 436 del Código Penal, por lo que solicita se condene al acusado ya mencionado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas.

Contestando la acusación deducida contra el acusado, la defensa señala que en los hechos que se atribuyen a su representado no hubo intimidación en los términos exigidos por la ley, por lo que el delito por el que aquél debe ser sancionado corresponde únicamente a un hurto simple de especies.

CUARTO: Que con el mérito de los elementos de convicción expuestos en el fundamento anterior, apreciados libremente conforme lo dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal, y no contradiciendo aquellos los principios de la lógica, las máximas de experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados, es posible tener por acreditado que el día 17 de abril del año 2002, aproximadamente a las 15:00 horas, dos individuos ingresaron a un domicilio ubicado en el sector de Las Compañías de esta ciudad, de propiedad de Agustín Enrique Contreras Valdés, donde se encontraban trabajando dos personas, a los cuales los individuos procedieron a intimidar, uno con un fierro y otro con un palo que portaban, y procedieron a sustraer diversas especies tales como una bicicleta chica, una chaqueta, zapatos, zapatillas, un televisor, un micro ondas, casetes, CDs, un equipo chico, un calentador de agua, un tubo de gas y otras, especies todas del mencionado Agustín Contreras Valdés, hechos éstos que configuran el tipo penal de robo con intimidación previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1º del Código Penal.

OCTAVO: Que el Tribunal desestimaré las alegaciones de la defensa, teniendo presente para ello que conforme lo relatara el testigo Carlos Cortés Varas, el acusado ingresó con un fierro al domicilio del pastor Agustín Contreras donde junto a otra persona se encontraba trabajando, instrumento que como el mismo testigo señaló había sido recogido de las afueras de la casa donde existía un acopio de material por la construcción que efectuaban, y con el cual los amenazó. A este respecto, cabe señalar que si bien es efectivo que el mencionado testigo indicó que el acusado mantenía el fierro quieto, y no hizo ademán físico de golpearlos, no es menos cierto que aquél los amenazó verbalmente, diciéndoles “no se muevan”, “quédate tranquilo”, “quédate piola, si no te voy a dar tu parte”, y “que estás sapeando, te voy a pegar tu fierrazo”, expresiones que en las

circunstancias del momento, constituyen, a juicio del Tribunal, suficiente amenaza de intimidación al tenor de lo dispuesto en el artículo 439 del Código Penal, toda vez que se ejerció agresión verbal, dirigida a causar un daño físico inmediato de no acceder a lo solicitado, mientras el agresor portaba un fierro capaz de producir el efecto dañoso advertido. Lo anterior, aumentado en la especie por la presencia de un segundo individuo, a cuya existencia se refiere también el chofer de colectivo Luis Contreras Olmedo, individuo aquél quien también portaba un elemento contundente.

A este respecto, no resulta inoficioso señalar que, de cualquier modo, de acuerdo a la doctrina, lo que interesa respecto de la intimidación es que ella afecte la libertad del sujeto pasivo, en términos que ella le impida reaccionar en su defensa coaccionado por el medio. Así, se ha señalado que es suficiente que se trate de comportamientos que sean eficaces para amedrentar o atemorizar a la víctima, ello, incluso con independencia de que sean materialmente adecuados para herir o maltratar a una persona, porque la eficacia o aptitud del medio no interesa en este punto (Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo IV, 2002, p.189 – 190).

Por otra parte, la actitud de amenaza o de agresividad exhibida por el acusado al momento de ocurrencia de los hechos no puede tampoco ponerse en duda, pues el mismo chofer recién mencionado señaló que el propio acusado lo amenazó dos o tres veces en el trayecto que lo obligó a efectuar, en el sentido de que si no le obedecía lo podía “despachar”, pegar un balazo o matar.

Del modo referido, la actitud desplegada por el acusado para proceder a la apropiación de las especies, excede la simple figura del hurto, como lo propone su defensa, para cuya verificación se requiere la ausencia de todo tipo de fuerza o intimidación, lo que le da precisamente su carácter de figura residual o subsidiaria a la de robo, es decir, supone una actitud totalmente furtiva o subrepticia, que como ha quedado acreditado precedentemente no se da en la especie.

Finalmente, no altera las conclusiones del Tribunal la circunstancia alegada por la defensa en el sentido que el acusado se habría arrepentido y se disponía a devolver las especies, aspecto éste que no se encuentra, por lo demás, acreditado de modo alguno, como se dejó establecido en el fundamento quinto.

Tribunal Oral en Lo Penal de Antofagasta. 01 de febrero de 2003, rit 74-02

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que el Ministerio Público al deducir acusación en contra de los acusados la fundó en que el día martes 16 de agosto pasado, aproximadamente a las 18:00 horas, en circunstancias que la víctima transitaba por calle Matta al norte fue interceptado por tres sujetos quienes lo arrinconaron, lo tomaron de los brazos y colocándole un arma punzante en la espalda le exigieron que entregara lo que portaba. Lo registraron y trataron de sacarle su chaqueta. El forcejeo motivó que a la víctima se le cayeran dos discos compactos y una pulsara Cartier que llevaba consigo. Ante la presencia de terceras personas los sujetos se fugaron sin poder sacar la chaqueta de la víctima llevándose las especies antes señaladas deteniéndose posteriormente a dos de ellos.

Indicó el Ministerio Público que los hechos descritos corresponden al delito de robo con intimidación previsto en el artículo 436 inciso primero Código Penal.

Dijo que favorece a los acusados la atenuante del art. 11 N^o 6 del Código Penal, es decir, la conducta anterior irreprochable y les perjudica la agravante prevista en el art. 456 bis N^o 3 del Código Penal, es decir, ser dos o más los malhechores.

Les atribuye participación en calidad de autores por lo que, concurriendo una atenuante y una agravante, solícita, para cada uno, la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales y el pago de las costas de la causa.

SÉPTIMO: Que con la prueba testimonial rendida y la evidencia material incorporada por el Ministerio Público, libremente apreciada por el tribunal, se puede establecer la efectividad de los hechos imputados en la acusación, esto es, que día 16 de agosto pasado, aproximadamente a las 18:00 horas, en circunstancias que la víctima transitaba por calle Matta al norte fue interceptado por los tres sujetos que lo arrinconaron, lo tomaron de los brazos y colocándole un objeto punzante en la espalda le exigieron que entregara lo que portaba. Lo registraron y trataron de sacarle su chaqueta. El forcejeo motivó que a la víctima se le cayeran dos discos compactos. Producto de alguna circunstancia indeterminada, ajena sí a los ejecutores, estos se fugaron sin poder sacar la chaqueta de la víctima pero llevándose los discos compactos, siendo posteriormente detenidos dos de ellos.

Además, debe establecerse que los hechores actuaron movidos por ánimo de lucro pues, si bien el mismo no puede derivarse por la mera circunstancia de la apropiación, deviene como lógica y necesaria consecuencia del hecho que terceros hicieran suyas las especies e intentaran sustraer otras, salvo la concurrencia de ánimos distintos al de apropiación, como, por ejemplo, perjudicar al afectado, mas tales posiciones no han sido alegadas y ni siquiera insinuadas por los acusados o sus defensores y, menos aún, demostradas.

Los hechos acreditados en los párrafos anteriores constituyen el delito de robo con intimidación consumado previsto y sancionado en el artículo 436 del Código Penal, pues resultó probado que los hechores se apropiaron de especies muebles ajenas, —sin perjuicio de pretender sustraer otras— con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, para lo cual amenazaron al afectado, en el acto de cometerlo, con la finalidad de lograr la entrega de las mismas, coaccionando de esta manera su voluntad logrando la manifestación.

DUODÉCIMO: Que, conforme a lo que se señaló se desechó la petición de absolución formulada por la defensa de ambos acusados sustentada en que no se demostró el delito ni la participación de su cliente pues, como se vio, ambas se acreditaron superando el estándar necesario para ello.

A su vez, la defensa del acusado José Rivera sostuvo que el delito de robo con intimidación no resultó acreditado pues el tenedor que se habría usado en la intimidación, por sus características, no es idóneo para cometer el delito. No ahondó el defensor en las razones de ello mas necesariamente debe sustentarse en la posición doctrinal, tenida por

el profesor Jorge Mera Figueroa en su obra “Hurto y Robo” y acogida en una tendencia jurisprudencial exclusivamente mantenida por el abogado integrante de la Corte de Apelaciones de San Miguel señor Carlos Künsemüller, en orden a que, en el delito de robo con intimidación, no basta con que la amenaza sea grave y seria para quien la sufre pues, además de esta exigencia subjetiva, se requiere que el hecho, objetivamente, revista un peligro real, concreto, para la víctima. Así, por ejemplo, en ese entendido la jurisprudencia indicada ha tendido a no calificar hechos como robo con intimidación cuando la misma se ejerce, por ejemplo, con un arma de fuego, sobre la base que si bien pudo intimidar al afectado, objetivamente, era incapaz de producirle una lesión.

Esa posición debe rechazarse.

En primer lugar por cuanto, encontrándose acreditado que tres personas rodearon y tomaron a la víctima de los brazos y del cuello, amenazándola, esa sola circunstancia necesaria y racionalmente debe llevar a concluir que objetivamente su integridad corporal estuvo en peligro por cuanto el número de victimarios permitía una agresión directa e imposibilita cualquier tipo de defensa. Además, a diferencia de lo que cree el defensor, el tenedor encontrado en poder de los acusados, utilizado como arma punzante, por máxima de la experiencia, objetivamente es apto para causar una lesión importante en una persona.

Sin perjuicio de lo anterior, la base teórica de la posición de la defensa del acusado Rivera, en orden a exigir peligro concreto para la integridad física de la víctima, no es jurídicamente aceptable pues no es presupuesto del delito de robo con intimidación.

Para demostrar lo anterior, nos remitiremos a citar al profesor Antonio Bascañan Rodríguez, quien de esclarecedora manera se refiere al punto. Así expresa, haciendo una comparación entre la violencia y la intimidación para calificar el robo que: “También es razonable, por la condición de crimen del robo, exigir “gravedad e intensidad” en ambos medios comisivos, o sea, en ambas modalidades de coacción. Pero no hay razón alguna que justifique la exigencia de peligro concreto. **La tesis de que sólo una amenaza que implique un peligro objetivo para bienes jurídicos personalísimos, distintos de la propiedad, puede fundamentar el robo pasa por alto que toda amenaza coercitiva efectiva implica ya lesión de un bien jurídico personalísimo distinto de la propiedad, como es la libertad. No se requiere sino esa lesión de la libertad para fundamentar lo injusto del robo”.**

Continúa señalando: “La oposición “subjetivo” — “objetivo” que esgrime retóricamente esta tesis es también refutable. Una acción de coacción mediante amenaza que logra constreñir la voluntad del coaccionado implica una lesión de su libertad. No es un resultado que tenga necesariamente una dimensión corporal, pero eso no lo hace menos objetivo. La coacción mediante amenaza es un fenómeno comunicacional, y en esa medida una cuestión de sentido. En tanto sea intersubjetivamente reconocible, es una cuestión objetiva.”

“Finalmente, es obvio que los requisitos de “idoneidad” y “efectividad” de la amenaza, exigidos por esta tesis, no tienen un sentido predeterminado. Qué cuente como idóneo o efectivo depende de cuál sea el fin perseguido. Cuando una amenaza es un medio de coacción, su idoneidad y efectividad se miden en función de su adecuación para producir ese resultado de coacción. Una amenaza atemorizante es coercitivamente idónea y efectiva. Y eso es todo lo que cuenta,

cuando se entiende que el robo es coacción.” (Antonio Bascuñan Rodríguez. “El robo como coacción”, en Revista de Estudios de Justicia, N^o 1, año 2.002, Facultad de Derecho Universidad de Chile, páginas 109 y 110)

2. Recalificación de robos con fuerza en las cosas con base en el lugar de comisión

2.1. Lugar habitado o destinado a la habitación

Corte Suprema. 06 de octubre de 2006, rol 2961-06.

Considerandos relevantes:

Vistos:

Por sentencia de dos de junio de dos mil seis, cuya copia se agregó fs. 20 de estos antecedentes, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, condenó a Fernando Enrique Faúndez Garrido como autor del delito de robo con escalamiento en lugar destinado a la habitación en grado de tentativa, que se castiga como consumado, en perjuicio de Nelson Matus Herrera, cometido el 15 de agosto de 2005, en la parcela H, de la localidad de Metrenco, comuna de Padre las Casas, IX región, a la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la cadena y al pago de las costas del procedimiento.

En la misma decisión se absolvió al acusado Carlos Patricio Benavides Valdés de la acusación formulada en su contra, como autor del indicado delito de robo, por cuanto el Ministerio Público no acreditó haber solicitado la declaración acerca de si el indicado acusado, mayor de dieciséis y menor de dieciocho años, obró con discernimiento.

Que en contra de la indicada resolución, el Ministerio Público representado por el Fiscal señor Jaime Pino Arosteguy dedujo recurso de nulidad fundado en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal y en subsidio por la causal del artículo 373 letra b), del mismo Código.

Por su parte, la defensa del sentenciado Fernando Enrique Faúndez Garrido, en lo principal de fs. 28, solicitó la nulidad de la misma decisión, por la causal del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c); y subsidiariamente por aquella contemplada en el artículo 373 letra b), todas disposiciones del Código Procesal Penal.

Que declarados admisibles los señalados recursos, se fijó día para la audiencia, la que tuvo lugar el 17 de agosto recién pasado, luego de lo cual y oídos los intervinientes, quedaron los autos para fallo.

b) En cuanto a la causal subsidiaria del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

14.- Que por este motivo de nulidad se sostiene que los sentenciadores han efectuado una errónea calificación de los hechos, al estimar que en ellos se configura el delito de robo en lugar destinado a la habitación previsto en el artículo 440 N° 1 del Código Penal, porque no se acreditó que desde un punto de vista subjetivo y objetivo que el lugar donde tuvo lugar el hecho, se encuentra destinado a servir de morada de la víctima.

15.- Que sobre este particular, ha de tenerse presente que en el motivo décimo del fallo impugnado, los sentenciadores dejaron asentado que la naturaleza del inmueble donde tuvo lugar la sustracción es de aquellos destinados a la habitación, por cuanto con la prueba rendida se estableció la presencia frecuente de la víctima en él, como asimismo que pernoctaba en dicho lugar los fines de semana, incluso el día anterior a los acontecimientos permaneció en dicho inmueble y se retiró de él pocas horas antes del suceso.

16.- Que así las cosas, son hechos del proceso tanto la habitabilidad del inmueble como su afectación real a dicho fin, vale decir su destinación objetiva y subjetiva a ese propósito, desde que no sólo se encuentra el inmueble en condiciones materiales de servir de morada, sino que concurre al efecto la voluntad efectiva de serlo manifestada por actos concretos del afectado, sin que la discontinuidad de tales conductas de ocupación y habitación, logren desvirtuar tal naturaleza, dada su regularidad en el tiempo, que permiten concluir, como lo hicieron acertadamente los sentenciadores, que se trata de un inmueble destinado a la habitación, por lo que la calificación jurídica que de los hechos han efectuado los jueces conforme al artículo 440 N° 1 del Código Penal es correcta, y por ende, no se ha configurado el vicio o defecto que ha denunciado por este medio de impugnación la recurrente.

2.2. Dependencias de lugar habitado

Tribunal Oral en Lo Penal de Antofagasta. 26 de septiembre de 2005, rit 136-05.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que el Ministerio Público fundó su acusación en que el día 17 de mayo de 2005, pasadas las 00:00 horas, Cristian Andrés Pizarro Pérez, ingresó a las dependencias del inmueble ubicado en Avenida Matta N° 1560, de Taltal, escalando al efecto una reja de aproximadamente 2 metros de altura, accediendo a un antejardín para luego una vez en el interior ingresar a una oficina a través de un ventanal que tenía un vidrio roto cubierto por un cartón, accediendo luego a un patio interior desde donde procedió a apropiarse con ánimo de lucro y sin autorización de su dueño, de un vehículo marca Nissan, tipo jeep, modelo Pathfinder, año 1996, color rojo, placa patente NP 3978, de propiedad de don RICARDO DE JESUS LÓPEZ LÓPEZ, para luego darse a la fuga, conduciendo el referido vehículo, atravesando con éste, el portón de acceso de la propiedad que se encontraba cerrado, ocasionando daños al portón y vehículo. Además en su fuga, el señor Pizarro Pérez, a fin de impedir su captura, estrelló el jeep contra una jardinera logrando ser detenido por personal policial en calle Progreso esquina Bilbao de

Taltal. Los daños fueron evaluados por el ofendido correspondiente al portón y al vehículo en la suma aproximada de \$ 1.400.000.-

A juicio de la fiscalía los hechos descritos configuran el delito consumado de robo en lugar habitado o en sus dependencias, previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1 del Código Penal y daños simples previsto y sancionado en el artículo 487 del Código Penal. Atribuyéndole al acusado la calidad de autor de los mismos.

El Ministerio Público indica que no concurren circunstancias agravantes y beneficia al acusado la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior.

Solicita se aplique al imputado Cristian Andrés Pizarro Pérez la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, las accesorias legales establecidas en el artículo 28 del Código Penal y el pago de las costas de la causa, como autor del delito de robo en lugar habitado y, la pena de 300 días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y el pago de las costas de la causa, como autor del delito de daños.

SÉPTIMO: En consecuencia, la prueba de cargo a que se ha hecho referencia, apreciada libremente, ha permitido establecer, más allá de toda duda razonable, que el día 17 de mayo de 2005, pasadas las 00:00 horas, el imputado ingresó a un inmueble que sirve de oficina a la víctima, ubicado en Avenida Matta N° 1560, de Taltal, para lo cual escaló una reja de aproximadamente 2 metros de altura, atravesó el antejardín, y accedió a dicha oficina, a través de un ventanal que tenía un vidrio roto cubierto por un cartón, y de allí se dirigió a un estacionamiento delimitado por paredes sólidas, desde donde procedió a apropiarse de un vehículo tipo jeep, marca Nissan, modelo Pathfinder, de propiedad del afectado, para luego darse a la fuga, conduciendo el referido móvil, atravesando con éste el portón de acceso que se encontraba cerrado, desprendiéndolo de su base, siendo finalmente detenido por personal policial a la salida de la ciudad de Taltal.

OCTAVO: Que el hecho anteriormente descrito, configura el delito de robo en lugar no habitado en grado de consumado, previsto en el artículo 442 N°1 en relación al artículo 432, ambos del Código Penal, pues se demostró que el acusado, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, sustrajo una especie mueble ajena, ingresando al lugar cerrado donde la misma se encontraba, por vía no destinada al efecto, es decir, mediante escalamiento.

De lo expuesto se desprende que el tribunal dio al hecho una calificación diferente a aquella contenida en la acusación fiscal, de lo cual se advirtió oportunamente a los intervinientes, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 341 del Código Procesal Penal, sin perjuicio de que la misma había sido ya objeto de debate.

NOVENO: Que además, es necesario señalar, que de la prueba rendida por el órgano acusador, no se pudo establecer que el estacionamiento donde se encontraba la especie sustraída, constituya en la especie, una dependencia de un lugar habitado, porque como lo sostiene la doctrina y gran parte de la jurisprudencia, ha de entenderse por tal, un lugar que esté unido, contiguo, directamente comunicado con aquel habitado y que se encuentre dentro de la misma esfera de resguardo, lo que de manera alguna pudo establecerse con los elementos de cargo, muy por el contrario, lo que se acreditó fue que el referido estacionamiento se comunica directamente con un lugar no habitado, como lo es la

oficina de la víctima, por la cual ingresó el acusado. En tales circunstancias, no es posible exigirle a éste que se hubiera representado que el estacionamiento se comunicaba con un patio, del cual a su vez, se podía acceder a la casa habitación, lo que por lo demás, tal como se señalara en el motivo sexto, no fue probado. La mayor penalidad del delito de robo en lugar habitado, está dada por la circunstancia de afectar además de la propiedad, la inviolabilidad del hogar, cuestión que necesariamente debe estar cubierta por la intención del agente, tal como lo señalara la defensa en sus respectivos alegatos.

Tribunal Oral en Lo Penal de Chillán. 23 de diciembre de 2005, 84-05.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que la acusación que fue objeto de este juicio oral, es la siguiente: El día 3 de mayo del presente año, alrededor de las 22:00 horas, los imputados Rodrigo Hernán Ferrada Andrade y Mario Álvaro Agurto Calderón en compañía de un tercer sujeto aún no identificado, ingresaron al domicilio de Manuel Arcadio Lillo Contreras, ubicado en calle Las Violetas N° 2862 de la Villa Doña Francisca de esta ciudad, para lo cual procedieron a escalar la reja perimetral metálica de 1.80 metros de altura y procedieron a sustraer desde el antejardín, dos palas metálicas, una picota y un rastrillo metálico, saltando posteriormente la reja que da hacia el exterior con las especies antes indicadas, dándose a la fuga con las especies en su poder, siendo detenidos posteriormente los imputados con éstas. Los hechos descritos constituyen a juicio de la fiscalía el delito de robo en dependencia de lugar destinado a la habitación, previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1 del Código Penal, correspondiéndole a los imputados participación en calidad de autores, encontrándose el ilícito en grado de consumado, concurriendo respecto de imputado Rodrigo Hernán Ferrada Andrade la minorante de responsabilidad penal establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Punitivo, esto es, la irreprochable conducta anterior, toda vez que su extracto de filiación y antecedentes no registra anotaciones penales; y respecto de ambos acusados la circunstancia agravante de responsabilidad penal establecida en el artículo 456 bis N° 3, esto es ser dos o más los malhechores. Concluye solicitando que se imponga al imputado Rodrigo Hernán Ferrada Andrade en su calidad de autor del delito de robo en dependencia de lugar destinado a la habitación en grado de consumado la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y la expresa condena en costas; y al imputado Mario Álvaro Agurto Calderón en su calidad de autor del delito de robo en dependencia de lugar destinado a la habitación en grado de consumado la pena de siete años y ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo, más las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y la expresa condena en costas.

DÉCIMO: Que el Tribunal, apreciando las pruebas testimonial, documental y otros medios de prueba, reseñados en los motivos precedentes con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, tiene por acreditado, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos: Que el día 3 de mayo del presente año, aproximadamente a las 22,00 horas, terceros, ingresaron a la casa habitación ubicada en calle Las Violetas N° 2862 de

la Villa Doña Francisca de esta ciudad, de propiedad de Manuel Arcadio Lillo Contreras, para lo cual escalaron una de las reja perimetral metálica y procedieron a sustraer desde el antejardín, dos palas metálicas, una picota y un rastrillo metálico.

UNDECIMO: Que, a juicio del tribunal, los hechos probados y a los que se ha hecho referencia en el motivo anterior, configuran el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, en grado de consumado, tipificado en el artículo 432 del Código Penal y sancionado en el artículo 442 N° 1 del ese Código, teniendo en consideración que **el hecho no tuvo lugar en un inmueble o edificio destinado a servir de morada, que es lo que justifica la mayor gravedad de la pena por el peligro que representa la violación de las defensas principales en lugares reservados a la vida doméstica y esfera íntima de las personas, sino que una construcción adosada a la casa principal, un cobertizo próximo a un antejardín, el que además se encuentra totalmente abierto en su frente, en su fondo y en uno de sus costados, como se aprecia en las fotografías incorporadas como otros medios de prueba por el Ministerio público. Si bien es cierto que éste cobertizo o garaje es lugar continuo tiene una relativa independencia. Además, no cuenta con resguardos que impidan el acceso indiscriminado a las cosas ubicadas en dicho lugar. Lo que corrobora la declaración de la propia víctima, al manifestar que ese sector no tiene puerta de entrada, tampoco cierre hacia el exterior, ni otra puerta que impida llegar hasta el patio interior, corroborado por el gráfico incorporado por el Ministerio Público, estableciéndose por el funcionario de carabineros José Saravia Núñez que las herramientas las tenía la víctima en un tipo garaje, apegadas a una puerta de ingreso a la cocina, distante a unos 7 metros desde la entrada; fijando fotográficamente el funcionario Fabián Gayoso Alarcón la parte donde se encontraban las especies sustraídas, que es al costado derecho de la casa, en una entrada de vehículos a un costado de la puerta de la cocina, a unos 3.50 metros aproximados desde la reja del antejardín al interior. Cabe también tener presente que no existió la posibilidad de encuentro del ofendido o de alguno de los posibles moradores con los hechos como lo señala el Ministerio Público, que sería lo que agrava el hecho y le da la calidad de robo en lugar habitado o en sus dependencias. En la especie, si bien es cierto la víctima divisó a una persona ingresando a su casa, lo fue cuando se desplazaba en un vehículo, no existiendo en ningún momento un acercamiento directo con los malhechores, y por ende, no existió un riesgo para su integridad física. De esta forma el Tribunal se hace cargo de las argumentaciones vertidas en este punto por la representante de la fiscalía.**

Por lo anterior, los hechos que se tuvieron por probados reúnen todos los requisitos del ilícito indicado ya que se acreditó que la existencia de una apropiación de cosas muebles ajena, con ánimo de lucro y sin voluntad de su dueño, mediante escalamiento, especies que fueron sustraídas desde un lugar no habitado.

Tribunal Oral en Lo Penal de Antofagasta. 30 de diciembre de 2005, rit 179-05.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que la acusación del Ministerio Público tuvo por fundamento la siguiente relación de los hechos: “el día 17 de agosto de 2005 a las 05:45 horas de la madrugada, el imputado ingresa mediante escalamiento de un muro perimetral de aproximadamente 2,5 metros de altura al domicilio de propiedad de la víctima Elizabeth

Lagos Vargas y al interior del mismo prepara para su sustracción, entre otras cosas, un serrucho y un pantalón de buzo de color azul, los cuales mantenía consigo en los momentos en que es sorprendido por funcionarios de Carabineros en el segundo piso que se encuentra en construcción de la misma vivienda.

En opinión del fiscal acusador los hechos descritos configuran el delito frustrado de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, previsto y sancionado en los artículos 432 y 440 N°1 del Código Penal y al acusado se le atribuye la calidad de autor, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del mismo texto legal. Agregó que no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal respecto del acusado.

El Fiscal solicitó se imponga al acusado la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y el pago de las costas de la causa.

SEXTO: Que -conforme al veredicto emitido- de la prueba de cargo rendida se pudo concluir en primer término, a diferencia de la opinión del Ministerio Público, que el sitio donde ocurrieron los hechos era un lugar no habitado.

Ello se estableció de manera categórica con los dichos de Elizabeth Lagos Vargas, quien señaló que el lugar al que ingresó el sujeto que fue detenido por Carabineros, correspondía a la losa resultante de la ampliación que hizo a la cocina del inmueble y que allí iba a hacer una pieza para arrendar, existiendo en tal sitio diversos elementos de construcción y escombros, agregando que iban maestros que durante el día trabajaban en tales labores. Conforme a ello, podemos desprender de sus dichos, que en el sitio del suceso no se realizaban actividades propias de la familia ni otra que estuviese subordinada a las que se efectuaban en su casa habitación.

Además, la testigo si bien expresó que tal losa (a la que ella llamaba “patio”) estaba comunicada con el resto de su vivienda porque estaba abierta hacia un pasadizo que se dirigía al antejardín y hacia un patio interior ubicado al lado de la cocina, fuera de la puerta de una pieza independiente que arrendaba y que estaba ubicada dentro del mismo deslinde de la propiedad, lo cierto es que no se divisaron tales conexiones, pues conforme a las fotografías exhibidas de las que dio cuenta la víctima, sólo podía accederse a la losa mediante escalas de madera que no estaban fijadas de manera permanente a dicho lugar. Por lo que el tribunal puede concluir que no existía contigüidad, yuxtaposición ni comunicación interna con el lugar principal.

Dado lo anterior, y siguiendo al profesor Mario Garrido Montt entendemos por lugar habitado aquel en que una persona habita, descansa, duerme y desarrolla su vida íntima y que en instantes en que se lleva a cabo la apropiación por el delincuente, se encuentra físicamente ocupado por sus habitantes; entendemos por un lugar destinado a la habitación aquel que reuniendo con las condiciones antes señaladas, sus moradores no se encuentran presentes al momento en que un delincuente lleva a cabo una apropiación de especies, y por dependencias de un lugar habitado aquellos recintos subordinados al lugar habitado, contiguos al lugar principal, en comunicación interior con ella y con la cual forman un todo. Sin embargo, otros tratadistas como el profesor Etcheberry y los profesores Politof, Matus y Ramírez han agregado a estos criterios “físicos” el de la funcionalidad,

entendiendo que la dependencia de un lugar habitado debe tener alguna función subordinada a las actividades que se efectúan en la morada, nada de lo cual puede decirse del sitio del suceso.

Por ello, imposible resultó estar de acuerdo con el fiscal en cuanto para estimar el sitio del suceso como lugar habitado o dependencia del mismo, sólo puso el acento en los criterios de la contigüidad y comunicación interna con la vivienda de la ofendida, los que no se cumplieron conforme a la prueba rendida, pero aún más, tampoco se reunió el criterio de la funcionalidad del lugar, ya que resultó factible concluir que el mismo no tenía vinculación alguna con la vida familiar que se desarrollaba en la vivienda de la víctima al momento de los hechos.

Por lo demás, la mayor penalidad asignada al delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, sólo encuentra justificación en el mayor disvalor de la conducta de quien, además de atentar contra la propiedad ajena, afecta la inviolabilidad del hogar y, eventualmente, pone en riesgo la seguridad de los ocupantes del mismo, lo que en ningún caso ocurrió.

Respecto a la vía de ingreso al señalado lugar, se tuvo presente especialmente lo informado por la víctima, quien señaló haber dejado cerrada con llave la reja y puerta de acceso de su casa, de suerte que para salir a ver de qué se trataban los ruidos que escuchó debió regresar a buscar las llaves para poder salir a la calle. Por ello, señaló que el sujeto que fue detenido sobre la losa del primer piso de su casa necesariamente debió ingresar saltando el muro perimetral, lo que constituye escalamiento, es decir, por vía no destinada al efecto, afirmación que fue corroborada por los propios dichos del acusado al expresar que ingresó saltando el muro perimetral del inmueble.

El intento de apropiación de especies muebles ajenas aparece plenamente demostrado por los dichos de los carabineros Corrales y Valenzuela que participaron en el procedimiento alertados por un pantalón de buzo que estaba colgando de un muro perimetral, señalando el primero haber hallado al imputado sobre la losa del sitio en construcción asiendo un serrucho junto a su cuerpo. Dicha especie junto con el pantalón de buzo fue ampliamente reconocida por tales testigos en las fotografías exhibidas durante la audiencia, lo que también hizo su propietaria Elizabeth Lagos Vargas, quien agregó que en un principio le fueron entregadas por los policías, pero se las solicitaron nuevamente para hacerlas llegar a la fiscalía, demostrándose con estas declaraciones que las señaladas especies no salieron siquiera de la esfera de resguardo de su propietario.

En cuanto al ánimo de lucro, se desprende, por el tipo de las cosas que se intentó sustraer, que la intención del hechor fue sacar una ventaja patrimonial de tal apoderamiento, sin que se acreditara la concurrencia de un ánimo distinto.

Juzgado De Garantía de Lautaro. 21 de abril de 2006, rit 512-05.

Considerandos relevantes:

PRIMERO: Que, el Ministerio Público, habiendo declarado cerrada la investigación y de conformidad con el artículo 259 del Código Procesal Penal, formula acusación por el

delito de **Robo con Fuerza en Dependencia de Lugar Habitado**, en grado de frustrado, basado en los siguientes hechos: Que, el día 11 de Septiembre de 2005, en horas de la madrugada, el imputado mediante escalamiento procedió a ingresar al interior de la bodega del inmueble ubicado en calle O' Higgins N° 823 de la comuna de Lautaro en el que se encuentra ubicado el domicilio particular de Hugo Pablo Menke Harold, así como dependencias de la ferretería Menke de su propiedad. Una vez en su interior el imputado procedió a efectuar un forado en la puerta interior que comunica esta bodega con la casa habitación y el referido local comercial, procediendo acto seguido a descerrajar la puerta de acceso al local ferretería. Personal policial alertados por los moradores del inmueble concurren al lugar procediendo a la detención del imputado en el interior del inmueble.

Se hace presente que en la especie, no concurren respecto del acusado circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

El Ministerio Público, solicita para el acusado la pena de CINCO AÑOS Y UN DIAS de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales del artículo 22 y siguientes del Código Penal, con expresa condena en costas como autor del delito de Robo con Fuerza en Dependencia de Lugar Habitado Frustrado, cometido en la comuna de Lautaro.

SEGUNDO: Que, con fecha 17 de Abril del presente año, se llevó a efecto la audiencia de Preparación de Juicio Oral, a la cual asistió el señor Fiscal, el acusado ya individualizado y su abogado Defensor. En dicha audiencia la Defensa, solicitó la aplicación del Procedimiento Abreviado, respecto de la cual, el acusado, habiendo tomado conocimiento de los hechos materia de dicha acusación y los antecedentes en que se fundó la investigación, los aceptó expresamente y estuvo de acuerdo en la aplicación de dicho procedimiento, habiéndose llevado a efecto lo dispuesto por el artículo 406 y 409 del Código Procesal Penal en forma inmediata, concediéndosele en primer término la palabra al señor Fiscal quien modifica **la acusación en la parte relativa a la calificación jurídica, participación y en cuanto a la pena a aplicar, quedando esta en definitiva en el delito de ROBO CON FUERZA EN LUGAR NO HABITADO FRUSTRADO**, descrito y sancionado en el artículo 432 y 442 N° 1 y 2 del Código Penal, la pena de **quinientos cuarenta días** de presidio menor en su grado mínimo, más las accesorias establecidas en el artículo 22 y siguientes del Código Penal, todo ello con expresa condena en costas. Otorgada la palabra a la defensa, quien manifiesta lo pertinente a favor de su defendido.

CUARTO: Que, los hechos que se dieron por probados sobre la base de la aceptación del acusado, son los siguientes: **Que, el día 11 de septiembre de 2005, en horas de la madrugada, el imputado mediante escalamiento procedió a ingresar al interior de la bodega del inmueble ubicado en Calle O'Higgins N° 823 de la comuna de Lautaro en el que se encuentra ubicado el domicilio particular de Hugo Pablo Menke Harold, así como dependencias de la ferretería Menke de su propiedad. Una vez en su interior el imputado procedió a efectuar un forado en la puerta interior que comunica esta bodega con la casa habitación y el referido local comercial, procediendo acto seguido a descerrajar la puerta de acceso al local ferretería. Personal policial alertados por los moradores del inmueble concurren al lugar procediendo a la detención del imputado en el interior del inmueble.**

SEXTO: Que, los hechos referidos en el considerando cuarto de esta sentencia, tipifican el delito de **Robo con Fuerza en Dependencia de Lugar No Habitado**, en

carácter de **frustrado**, previsto y sancionado en el artículo 432 y 442 N° 1 y 2 del Código Penal, en el que al acusado **EBER SALVADOR ABUHADBA MORALES**, le ha cabido participación en calidad de autor, de conformidad al artículo 15 N° 1, hecho ocurrido el día 11 de Septiembre de 2005 en la comuna de Lautaro.

2.3. Lugar no habitado

Corte Suprema. 02 de julio de 2003, rol 1467-02.

Considerandos relevantes:

Vistos:

Se ha iniciado esta causa rol N° 19.687 ante el Tercer Juzgado del Crimen de Copiapó por parte N° 723 de la Segunda Comisaría de Carabineros de la localidad, que recogió la denuncia hecha por Juan Segundo Cortés Navea, empleado del cementerio de esa ciudad, en el sentido que el día sábado 30 de septiembre de 2000 dejó en el vivero del camposanto 200 plantas de rosas, siendo avisado al día siguiente que personas desconocidas habían ingresado en la noche al lugar saltando un cierre de pandereta y apoderándose de entre 70 y 100 plantas. Por parte N° 732, de 1° de octubre del mismo año Carabineros de Chile pone a disposición del tribunal a Irma Rosa Dauvergne Ulloa, Alba Marisol Dauvergne Ulloa y Maritza Adelina Romero Arados por haber tenido participación en la sustracción, encontrándose en poder de ellas la cantidad de 94 plantas.

Por resolución de 6 de octubre de 2000, escrita a fs. 32, el tribunal sometió a proceso a las ya mencionadas, como autoras del delito previsto y sancionado en el artículo 442 del Código Penal, en el entendido que ellas para cometer el ilícito efectuaron escalamiento del cierre perimetral, de acuerdo a lo establecido en el numeral 1° del referido artículo.

Declarado el cierre del sumario, por resolución de 19 de diciembre del mismo año, escrita a fs. 68, se acusó a las ya mencionadas como autoras del delito previsto y sancionado en el artículo 442 N° 1 del Código Punitivo.

Por sentencia de 31 de diciembre de 2001 escrita a fs. 100 y siguientes se condenó a Irma Rosa Dauvergne Ulloa y a Maritza Adelina Romero Arado a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio y a Alba Marisol Dauvergne Ulloa a la de 819 días de presidio menor en su grado medio, accesorias correspondientes y al pago de las costas de la causa, como autoras del delito señalado en el párrafo precedente. A las dos primeras se les concedió el beneficio de la remisión condicional de la pena y a la última, el de la reclusión nocturna.

Elevado en apelación este fallo por Alba Marisol Dauvergne Ulloa la Corte de Apelaciones de Copiapó la confirmó por sentencia de 14 de marzo de dos mil dos, escrita a fs. 115, con declaración que la encausada Alba Dauvergne Ulloa queda condenada a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y a la accesoría del artículo 29 del Código Penal, por carecer de atenuantes y afectarle una agravante.

En contra de esta sentencia la defensa de la procesada interpuso recurso de casación en su escrito de fs. 124 y siguientes, el que se trajo en relación y en la vista de la causa no se presentó letrado a alegarlo.

7.- Que los artículos 440, 442 y 443 del Código Penal establecen las figuras del robo con fuerza en las cosas, siendo el primero de dichos artículos el que sanciona el robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, que entre otras circunstancias, ocurre cuando existe escalamiento, el que define "cuando se entra por vía no destinada al afecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas".

Que, a su vez, el artículo 442 sanciona el robo en lugar no habitado, cuando se ejecuta, entre otras formas, mediante "escalamiento".

Que, por último, el artículo 443 sanciona el robo de cosas que se encuentren ... en sitios no destinados a la habitación, no incluyendo en este último tipo la posibilidad de ejecutarlo con escalamiento.

8.- Que como se puede concluir de la comparación de los textos reproducidos, no es lo mismo para el legislador "el robo en lugar no habitado" (art. 442) que en "sitios no destinados a la habitación" (art. 443), pues si fueran idénticos conceptualmente, no habría sido necesaria la redacción de dos artículos diferentes para tratar una misma materia.

9.- Que en el primer caso se supone un lugar donde pueden existir personas que laboran, aunque no sea su casa habitación, como una oficina, un colegio, un banco, etc. y en el segundo, un lugar naturalmente deshabitado, como un cementerio.

Confirma esta apreciación el profesor Etcheberry en su Derecho Penal (T. III, pág. 324) cuando expone que "la introducción de la frase sitios no destinados a la habitación en el nuevo texto del art. 443, obliga a buscar un criterio de distinción entre los puntos comprendidos en el art. 442 y los regidos por el art. 443, ya que en principio, de acuerdo con las conclusiones precedentes, los lugares no habitados (art. 442) son a la vez no destinados a la habitación (art. 443) y viceversa. Es preciso, por consiguiente, entender esta última expresión en un sentido más amplio: (sitios) no destinados a la habitación sería el lugar que no sirve de morada a nadie en el momento del robo, pero que además no tiene por finalidad llegar a servir de morada, por su misma naturaleza".

10.- Que hecha esta distinción, resulta evidente que al condenar a las procesadas bajo la figura del artículo 442 del Código Penal por haberse introducido mediante escalamiento en el Cementerio Parque de Copiapó para apropiarse de 94 plantas de rosas, se ha hecho aplicación errónea de la ley penal con influencia substancial en lo dispositivo de la sentencia y tampoco cabría aplicar en la especie la norma del artículo 443 del mismo cuerpo legal, pues ella no considera en el tipo que se proceda con escalamiento. En consecuencia, la apropiación investigada en estos autos está incluida en otro tipo penal. Este error constituye la causal de casación en el fondo del artículo 546 N° 2 del Código de Procedimiento Penal, esto

es, "en que la sentencia haciendo una calificación equivocada del delito, aplique la pena en conformidad a esa calificación", por lo que se procederá a anular el fallo recurrido.

Sentencia de reemplazo:

De acuerdo con lo que dispone el artículo 785 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, se dicta acto continuo sentencia de reemplazo de acuerdo al mérito de los antecedentes.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 67 y 446 N° 3 del Código Penal y 514 y 527 del de Procedimiento Penal, se confirma en lo apelado y se aprueba en lo consultado la sentencia enalzada de treinta y uno de diciembre de dos mil uno, escrita a fs. 100 y siguientes, con declaración:

A) Que Irma Rosa Dauvergne Ulloa y Maritza Adelina Romero Arado quedan condenadas a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, a una multa de cinco U.T.M. y a la accesoria correspondiente, y al pago de las costas de la causa, como autoras del delito de hurto en perjuicio del Cementerio Parque de Copiapó ocurrido el día 30 de septiembre de 2000, y

B) Que Alba Marisol Dauvergne Ulloa queda condenada a la pena de trescientos un día de presidio menor en su grado mínimo, a una multa de cinco U.T.M. y a la accesoria correspondiente, y al pago de las costas de la causa, como autora del delito especificado precedentemente.

2.4. Requisitos del robo en bien nacional de uso público

Corte Suprema. 01 de junio de 2006, rol 4515-05

Considerandos relevantes:

En estos autos N° 74.301, rol del Tercer Juzgado del Crimen de San Miguel, por sentencia de dos de mayo retropróximo pasado, escrita de fojas 359 a 381, se castigó a Héctor Ignacio Gallardo Bosques a sufrir cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su responsabilidad de autor del delito de robo con violencia en la persona de Elizabeth Cecilia Rojas Villegas de especies de su propiedad, cometido en la comuna de Pedro Aguirre Cerda el veintitrés de agosto de dos mil tres; además le impuso sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo y accesoria de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de esta condena, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en bienes nacionales de uso público de efectos pertenecientes a Marjorie Katherine Abarca Marchant, perpetrado en la misma comuna el treinta y uno de mayo de dicho año, reconociéndole el período que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad desde el veintitrés de agosto de dos mil tres y le abonó el lapso comprendido entre el treinta y uno de mayo y el dieciocho de julio de ese año. También condenó a Luis Sebastián Avila Mena a padecer tres años y un día de presidio menor en

su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, en su calidad de autor del referido delito de robo con violencia en la persona de Elizabeth Cecilia Rojas Villegas, le reconoció la temporada que estuvo sometido a proceso y en prisión preventiva desde el veintitrés de agosto al tres de octubre de dos mil tres. A ambos convictos les negó los beneficios de la ley N° 18.216, pero los relevó del pago de las costas.

Apelado este veredicto por parte del enjuiciado Gallardo Bosques, la Corte de Apelaciones de San Miguel, por resolución de diecisiete de agosto último, que rola a fojas 398 y 399, lo confirmó en lo apelado y aprobó en lo consultado, con declaración que se eleva a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo la sanción corporal aplicada al apelante Gallardo Bosques y las pertinentes accesorias legales, por estimar que en realidad el robo en bienes nacionales de uso público configura el delito de robo con intimidación en la persona de Marjorie Katherine Abarca Marchant de cosas de su dominio, la que deberá purgar a continuación de aquella otra que se le reguló por el robo con violencia en la persona de Elizabeth Cecilia Rojas Villegas.

Contra este dictamen la defensa letrada de Gallardo Bosques, representada por doña Sandra Pradeñas Martínez, formalizó recurso de casación en el fondo en lo principal de su presentación de fojas 401 a 422, basado en los numerales 1º, 2º y 7º del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Concedido el expresado recurso y habiéndosele declarado admisible, se ordenó traer los autos en relación por resolución de fojas 426.

Segundo: Que otro de los capítulos de censura se sustenta en el N° 2º del referido artículo 546 del Código adjetivo criminal, que estriba en que la sentencia, haciendo una calificación errada del delito, aplicó la pena en conformidad a esa apreciación desacertada. Y denuncia violentados los artículos 432, 436, inciso primero, 439 y 443, inciso primero, del Código Penal. Aduce que, por lo que concierne al robo con intimidación en la persona de Marjorie Katherine Abarca Marchant, este injusto fue estimado así por los jueces de segunda instancia, en circunstancias que se trata de un robo con fuerza en las cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público, como lo había hecho correctamente el fallo de primer grado, porque la amenaza que configura la intimidación debe poseer la adecuada intensidad para constreñir a la víctima a la entrega del objeto o renuncie a impedir que quien la expresa se apropie del mismo, al extremo de causar miedo en la ofendida de un daño físico inmediato, lo que no acontece en este evento pues no medió amenaza ni la agraviada manifestó temor alguno, como consta de sus propios dichos y del parte policial, y la rotura del vidrio con una piedra se efectuó para destruir un medio de defensa que impedía el acceso a las cosas sustraídas y huyó perseguido por la mujer que se dice asustada hasta lograr detenerlo con el auxilio de otras personas, lo que también se opone a la falta de resistencia u oposición que supone el pánico provocado por una presión real y seria y no imaginaria; la fuerza no se dirigió contra la dueña de las especies, sino que se ejerció sobre un medio de protección, como lo es el vidrio del vehículo. Agrega que merced a semejante error se le determinó una sanción corporal muy superior a la que correspondía imponerle por una conducta ilícita, de mucho menor gravedad.

Cuarto: Que desde luego es menester dejar en claro que el recurrente, sin negar la existencia del hecho punible, asevera que se ha cometido error de derecho al hacer una

calificación inexacta del robo con intimidación en la persona de Marjorie Katherine Abarca Marchant de especies de su propiedad, aplicó una pena en concordancia con este indebido criterio y expone que en realidad debió encuadrarse en el artículo 443, inciso primero, del Código punitivo, como aconteció en primera instancia y no en el inciso primero del artículo 436 del mismo ordenamiento, como se hizo en la alzada, por cuanto la conducta imputada no aparece incluida en ninguna de las hipótesis descritas en dicho artículo 436 del texto legal de penas, dado que el hechor, al quebrar el vidrio de la ventanilla del copiloto del automóvil gobernado por la víctima para sustraerle diversas especies y luego escapar, no ha desplegado la intimidación que califica de robo dicha conducta, dado que nunca se puso en peligro un bien jurídico personalísimo de la ofendida.

Quinto: Que efectivamente la sentencia impugnada ha calificado los hechos establecidos en autos como constitutivos del delito de robo con intimidación previsto en el inciso primero del artículo 436 del Código Penal. Y como lo define la ley, el robo es la apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, usando la intimidación en las personas y esta cualidad, a su turno, importa una coerción de índole psicológico, no material, pero consistente en la amenaza de violencia física dirigida a presionar la voluntad de la víctima o impedir su capacidad de defensa, permitiendo de este modo el apoderamiento de la cosa mueble deseada por el sujeto activo. Representa así y como se ha enseñado doctrinariamente un tipo complejo, pluriofensivo, constituido por dos agresiones: la acción de apropiación y la coerción, entre las cuales es indispensable que exista un nexo objetivo y subjetivo y constituyan a su vez una unidad. Como lo manifiesta el profesor Etcheberry, la intimidación debe ir dirigida hacia la persona de la víctima a efecto de debilitar su defensa privada como reacción de temor que provoca en ella la amenaza inferida, ("Derecho Penal", tomo III, tercera edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año dos mil cuatro, página 335).

Sexto: Que han quedado asentados como hechos de esta causa establecidos por los jueces del fondo "que el día 31 de mayo de 2003, cerca de las 23,00 horas, en circunstancias que Marjorie Katherine Abarca Marchant, conducía su automóvil patente P.K.-5304, por avenida Isabel Riquelme en dirección al poniente, al llegar a avenida Club Hípico en la comuna de Pedro Aguirre Cerda, se detuvo por la luz roja del semáforo, instantes en que un sujeto lanzó una piedra al vidrio del copiloto, quebrándolo y sustrayendo del piso del móvil su cartera que contenía documentos personales, otras especies y la suma de \$ 5.000 en dinero en efectivo y un abrigo de color negro, dándose a la fuga junto a otro sujeto que lo esperaba, siendo perseguidos por la denunciante, quien en el Servicentro "Copec" ubicado en el lugar, con la ayuda de dos personas, lograron alcanzar y reducir a uno de los sujetos, el que había lanzado la piedra y sustraído las especies, quien no las tenía ya en su poder, reteniéndolo hasta la llegada de Carabineros" (fundamento sexto de la sentencia de primera instancia no modificado en la alzada).

Séptimo: Que la calificación de este ilícito realizada por la Corte de Apelaciones de San Miguel se aparta ostensiblemente de los hechos que el mismo comparte, por cuanto ha quedado determinado inamoviblemente que el sujeto activo lanzó una piedra hacia el vidrio lateral derecho del vehículo gobernado por la víctima, vale decir, dirigió el elemento agresor no hacia la persona de la conductora sino hacia el vidrio de la puerta ubicada al lado opuesto del volante tras el cual se encontraba, logrando así su destrucción y, consiguientemente, vencer la protección física de los bienes, permitiéndole retirarlos

desde el interior del rodado. Resulta claro, entonces, que esta acción no puede ser interpretada como una forma de ejercer presión psicológica en el sujeto pasivo para facilitar la sustracción de cosas muebles de su pertenencia, es más, los hechos tampoco logran constituir alguna de las acciones de violencia o intimidación previstas en el artículo 439 del Código Penal, ya que no permiten concluir que se está en presencia de malos tratamientos de obra o amenazas, ya para hacer que se entreguen o manifiesten los objetos, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega.

Octavo: Que con lo relacionado queda en evidencia que la sentencia, vulnerando las normas penales citadas, ha hecho una desacertada calificación del delito al estimar que se configura el de robo con intimidación en perjuicio de Marjorie Katherine Abarca Marchant y sancionar al inculcado conforme a esa apreciación, de suerte que se incurre en la causal de anulación invocada del N° 2° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal y, por lo tanto, se impone el acogimiento del recurso por este motivo, procediendo a dictar en su lugar la sentencia de reemplazo que corresponde.

Sentencia de reemplazo:

En cumplimiento de lo ordenado por el veredicto de casación que precede y lo estatuido en los artículos 535 del Código de Procedimiento Penal y 785 del de Enjuiciamiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

1º) Que a pesar que la acusación de oficio de fojas 217 a 219 formuló cargos a Héctor Ignacio Gallardo Bosques como autor del delito de robo con fuerza en las cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público de especies pertenecientes a Marjorie Katherine Abarca Marchant, descrito en los artículos 432 y 443 del Código Penal (considerando primero), en lo que toca a los hechos consignados en el motivo sexto de la sentencia de primer grado que mantiene esa calificación, con la que concuerda el Fiscal Judicial en su dictamen de fojas 394, esta Corte variará tal criterio, toda vez que dichos hechos allí asentados y como se indica acaecieron cuando la ofendida guiaba su coche hacia el poniente, pero al llegar a la avenida Club Hípico hubo de detenerse debido a la luz roja del semáforo de esa intersección, oportunidad que aprovechó un individuo para romper el vidrio del copiloto con una piedra y sustraerle los objetos, dándose a la fuga.

2º) Que este suceso delictual, si bien ocurrió en la vía pública y cuando la mujer se desplazaba con su automóvil, lo cierto es que no se trataba de un vehículo estacionado, sino en plena circulación y momentáneamente detenido por la señalización del momento, y resulta que esta variedad del robo fue introducida por la ley N° 11.625, principalmente para reprimir las apropiaciones de automóviles estacionados en la vía pública, y que anteriormente debían ser considerados hurtos", o de bienes que en su interior se hallan en esas condiciones. Así lo enseña la doctrina (Alfredo Etcheberry O.: "Derecho Penal", tomo III, tercera edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año dos mil cuatro, página 331; y lo apoya con cita de jurisprudencia en "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", tomo II, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año dos mil dos, página 495).

3º) Que, por otra parte, la agraviada se encontraba manejando y atenta a las condiciones del tránsito del momento, lo que fue utilizado por el delincuente para quebrar el vidrio lateral derecho y sustraer las especies, lo que parece más propio

de la sorpresa, en que más que la simple clandestinidad o furtividad que caracterizan al hurto, el hechor se prevaleció del debilitamiento de la defensa privada de la víctima que es cogida desprevenida, aunque advierte lo ocurrido, pero no impide el delito merced a la imposibilidad de reaccionar por lo rápido e inesperado del ataque, estado de desprevenimiento calculado y explotado por el agente. Este es el factor esencial del robo por sorpresa tipificado en el inciso segundo del artículo 436 del Código Penal.

4º) Que, por consiguiente, no concurren los presupuestos que exigen los incisos primeros de los artículos 436 y 443 del ordenamiento de penas recién mencionado porque, como se dijo en la sentencia de casación, no alcanza a configurar la violencia que requiere aquel precepto, en los términos del artículo 439 de dicho estatuto; ni la piedra se dirigió hacia la persona de la conductora para amedrentarla, sino a romper el vidrio de la puerta ubicada al lado opuesto del volante tras el cual estaba ella. De manera que no puede interpretarse como una forma de ejercer coerción psicológica para facilitar la apropiación de las cosas muebles, ni menos asimilarse a los malos tratamientos de obra.

5º) Que, aun cuando existe fuerza para quebrar el vidrio del coche, no basta para calificarla como agresión física en su alcance normativo, sino que se trata de la sorpresa que radica en la posición de desaprensión en que se haya el sujeto pasivo del injusto, que le impide proteger sus pertenencias en el momento que le son arrebatadas, circunstancia que el delincuente se limita simplemente a aprovechar y que es exactamente lo acontecido en el caso en análisis.

6º) Que entonces los hechos fijados en el fundamento sexto del fallo en examen deben inscribirse en el inciso segundo del artículo 436 del estatuto criminal, que reprime el robo por sorpresa, pues consta que sin la voluntad de su dueña y con ánimo de lucro se apropiaron de cosas muebles ajenas para lo cual se valieron que la ofendida no pudo reaccionar con la rapidez que la situación ameritó por estar en ese instante gobernando su automóvil y preocupada de las condiciones del tránsito, lo que le impidió resguardar los bienes arrebatados. Y de esta forma se discrepa de la opinión manifestada por el representante del Ministerio Público Judicial.

7º) Que los medios de convicción enumerados en el motivo décimo cuarto son los adecuados para el establecimiento de los hechos comprobados en la litis y su calificación como robo con violencia en la persona de Elizabeth Cecilia Rojas Villegas de especies de su propiedad. Como, a la vez, los elementos pormenorizados en el basamento décimo octavo permiten demostrar la participación culpable que en este ilícito le corresponde a Gallardo Bosques, razón por la cual se conserva sin alteraciones el fallo de primera instancia, en lo que atañe a este episodio.

Por estas consideraciones, lo informado por el señor Fiscal Judicial y lo preceptuado en los artículos 26 y 439 del Código Penal, 497, 514, 527, 529 y 534 de su homónimo de Procedimiento del ramo y 59 de la ley N° 11.625, de cuatro de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro, sobre estados antisociales y medidas de seguridad, se confirma, en lo apelado y se aprueba, en lo consultado, la sentencia de dos de mayo recién pasado, que corre de fojas 359 a 381, con declaración que las penas impuestas en la decisión IV al imputado Héctor Ignacio Gallardo Bosques se le aplican por su responsabilidad de autor del delito de robo por sorpresa en la persona de Marjorie

Katherine Abarca Marchant de bienes de su dominio, cometido en las circunstancias que allí se señala; y que cumplirá esta sanción corporal a continuación de aquella que sufrió como autor del robo con violencia en la persona de Elizabeth Cecilia Rojas Villegas.

D) Criterios observados

1. El robo simple con violencia o intimidación

1.1. La violencia o intimidación deben estar dirigidas a la apropiación

La jurisprudencia es conteste en que la maniobra intimidatoria o la violencia deben estar dirigidas a la apropiación de la cosa, no bastando la existencia de estas conductas en una proximidad temporal con la apropiación para que el delito pueda ser calificado como robo con violencia o intimidación.

De este modo, se excluye la posibilidad del robo con violencia cuando el imputado decide sustraer la especie luego de agredir físicamente a la víctima sin que dicha agresión esté orientada teleológicamente a la apropiación.

Este criterio es llevado aun más allá en el caso del robo con intimidación, ya que, aunque se realice una maniobra intimidatoria orientada a la apropiación, no se configura el delito si la maniobra fracasa y posteriormente, aunque exista inmediatez temporal, la apropiación se consigue por otros medios, generalmente la sorpresa.

1.2. Existencia y entidad de la maniobra intimidatoria

En primer lugar, la jurisprudencia establece que no basta la existencia del efecto intimidatorio, sino que este debe estar en una relación de causa-efecto con una maniobra intimidatoria efectivamente desplegada por el imputado. Esto excluye la posibilidad de calificar como robo, quedando de esta manera la figura residual del hurto, cuando el imputado aprovecha la autosugestión de la víctima para solicitarle que entregue las especies que porta, sin efectuar amenaza alguna.

En segundo lugar, la jurisprudencia ha evitado calificar como robos con violencia o intimidación diversos hechos en que se efectuaron ciertas maniobras violentas o que causaron temor en la víctima para conseguir la apropiación, cuando éstas fueron de poca entidad y dirigidas más a impedir instrumentalmente que ésta se defendiera, ocasionándole sorpresa o impidiendo físicamente que reaccionara, pero sin llegar a ser un medio para suprimir la voluntad de las víctimas, pese a que se desplegó cierta violencia o voces intimidatorias.

1.3. Teorías subjetivas y objetivas en relación con la intimidación

1.3.1. Jurisprudencia que sostiene la teoría objetiva

Esta jurisprudencia descansa principalmente sobre la teoría de Jorge Mera, que es frecuentemente citada en estos fallos. Se sostiene en esta jurisprudencia que siendo el robo con violencia y el robo con intimidación hipótesis pluriofensivas, no basta para que se configuren la mera existencia de amenazas o fuerza física ejercida sobre las víctimas en el contexto del robo, sino que es necesario que por esos medios se afecte o se ponga en peligro gravemente otros bienes jurídicos.

De esa manera, no se ha considerado robo con violencia el delito en el caso de que el imputado no haya portado efectivamente armas que le permitieran llevar a cabo sus amenazas, vulnerando de esta manera otros bienes jurídicos distintos de la propiedad. La apreciación subjetiva de la víctima acerca de la plausibilidad de las amenazas se excluye como criterio único para calificar la existencia de violencia en la comisión del delito, considerándose que la existencia de ésta requiere de seriedad, inminencia, verosimilitud y gravedad.

1.3.2. Jurisprudencia que sostiene la teoría subjetiva

Al igual que la jurisprudencia que sostiene la teoría objetiva, ésta parte por sostener que se trata de un delito pluriofensivo, pero que afecta, y no sólo pone en peligro, la libertad de la víctima. De esta manera, basta que el imputado se sirva de un medio capaz de infundir temor en la víctima de sufrir un grave atentado en su integridad corporal, su salud o su vida para que se configure el delito. Yendo más allá, parte de esta

jurisprudencia señala que la misma oposición objetivo-subjetivo carece de sentido, ya que siendo la intimidación un acto comunicacional, siendo intersubjetivamente reconocible, es una cuestión objetiva.

2. Recalificación de robos con fuerza en las cosas con base en el lugar de comisión

2.1. Lugar habitado o destinado a la habitación

En esta jurisprudencia se rechaza recalificar como robo en lugar no habitado el delito, por la circunstancia de morar efectivamente la víctima en el inmueble de manera discontinua, debido a que, estando destinado a tal fin tanto objetiva como subjetivamente, la víctima se encontraba presente con regularidad.

2.2. Dependencias de lugar habitado

Se excluye por esta jurisprudencia de la categoría de dependencias de lugares habitados algunos espacios que, físicamente tienen cercanía o contigüidad con lugares habitados.

Se excluye, pese a su contigüidad con un lugar habitado, un espacio cuando, formando parte del mismo recinto que la casa habitación, no está contiguo a ésta sino a una edificación que tiene una finalidad distinta a la de morada.

También se excluyen edificaciones o cobertizos cuando tienen cierta separación física con la habitación, en especial no tienen los mismos resguardos para la entrada de desde el exterior que el inmueble principal.

Finalmente, se excluye un espacio, pese a ser completamente contiguo a la casa habitación, cuando este no cumple con un criterio de funcionalidad, es decir, si efectivamente no forma parte de los espacios en que los moradores realizan sus actividades.

2.3. Lugar no habitado

Esta jurisprudencia establece una distinción entre los delitos de robo en lugar no habitado, y en lugar no destinado a la habitación. El lugar no habitado es aquel en cuyo interior puede existir personas que laboran o realizan otras actividades, mientras que un lugar no destinado a la habitación es aquél en cuyo interior normalmente no hay personas, como un cementerio. La importancia de esta distinción es que la ley no contempla la posibilidad de cometer el segundo delito mediante escalamiento, lo que deja lugar a la hipótesis residual del hurto si el medio de ingreso es éste.

2.4. Robo en bien nacional de uso público

Esta jurisprudencia alude al robo cometido en un vehículo mediante la ruptura de sus cristales cuando la víctima se encuentra a bordo. Lo recalifica de robo en bien nacional de uso público a robo por sorpresa, recurriendo a la historia de la ley, ya que la primera hipótesis fue introducida para sancionar como robo con fuerza en las cosas los delitos, antes calificados como hurtos, que se cometían en automóviles estacionados.

Capítulo IV

El tratamiento del iter criminis en los delitos contra la propiedad en la jurisprudencia de la reforma procesal penal

A) Consideraciones Generales

El iter criminis está regulado en el artículo 7 del Código Penal, que dispone:

“Art. 7º Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento”.

B) Doctrina

1. El iter criminis

En todo delito hay una fase interna y otra externa. La interna se desarrolla en su integridad en el interior del sujeto. La fase externa, en cambio, implica la exteriorización de los procesos subjetivos.³⁶

En palabras de Etcheberry, primero comete el delito el espíritu, y después lo comete el cuerpo. Nace la idea del delito, se delibera sobre ella, se decide ponerla en práctica, y luego comienza la actividad externa, para preparar la comisión del delito y finalmente ejecutarlo.³⁷

³⁶ Bustos, Juan, Manual De Derecho Penal Español, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, p. 267. Citado en Garrido Montt, op. cit. t. I, p 261.

³⁷ Etcheberry, op. cit. t. II, p. 51.

La fase interna comprende la ideación, deliberación y resolución delictiva. La externa comprende los actos preparatorios, los de ejecución y consumación.³⁸

Dentro de la fase externa se distinguen los actos preparatorios de los actos de ejecución. En los actos preparatorios se comprenden todas aquellas conductas en que si bien la voluntad se ha exteriorizado mediante actos, ellos no llegan todavía a representar un comienzo de ejecución del delito mismo. Los actos de ejecución, en cambio, son los que propiamente constituyen la tentativa, en sentido amplio, y dentro de ellos nuestra ley distingue la tentativa propiamente tal, el delito frustrado y el delito consumado. Finalmente se señala como etapa ulterior, el llamado delito agotado.³⁹

Hay tres teorías que explican los fundamentos de la punibilidad de los actos que preceden a la consumación del delito, mas se debe partir de la premisa que el comportamiento descrito por el tipo puede castigarse sólo cuando cumple con todas las exigencias subjetivas y objetivas que el mismo señala, lo que significa que el hecho se encuentre consumado. Ello no significa que no se castiguen los hechos dirigidos a ese objetivo y que no se logran.⁴⁰

Las teorías objetivas o clásicas parten desde el desvalor de resultado, es decir, es necesario que haya un daño social. Los comportamientos típicos merecen castigo exclusivamente cuando lesionan o ponen en peligro un bien jurídico digno de protección.

Esta posición tiene repercusiones, en primer lugar, pese a que el hecho consumado y el intentado son análogos, pues el dolo en ambos es igual, la pena es distinta en uno y en otro, porque el interés protegido por la norma en el delito intentado sólo ha corrido peligro; en segundo lugar, se puede diferenciar la pena correspondiente al delito frustrado y al intentado propiamente tal, pues en el primer caso el bien jurídico corre un riesgo mayor; y en tercer lugar, la tentativa inidónea absoluta no es punible, pues el bien jurídico protegido no corre peligro alguno.

³⁸ Sáinz Cantero, Lecciones, t. III, p. 147. Citado en Garrido Montt, op. cit. t. II, p. 261.

³⁹ Etcheberry, op. cit. t. II, p. 53.

⁴⁰ Garrido Montt, op. cit. t. II, p. 343.

Las teorías subjetivas por su parte tienen como criterio básico la intención del sujeto, su ánimo, su voluntad dañina, lo castigado es la conducta en sí misma, en cuanto importa una rebelión contra el orden normativo.

Las consecuencias de estas posturas permiten extender el ámbito de lo punible a cualquier comportamiento dirigido al delito, posibilitándose la igualación de la sanción del delito intentado y el consumado. Además, se permite que la tentativa inidónea absoluta sea punible.

Las teorías objetivo-subjetiva o mixtas parten de que es necesario que haya una voluntad realizada que implique una conmoción del bien jurídico, o por lo menos de la colectividad o del ordenamiento jurídico en general. Se pone acento en el desvalor de acto, pero debe haber una manifiesta exteriorización de los procesos subjetivos del individuo.

Como ya se manifestó, los actos de ejecución son los que conformarían la tentativa y la frustración; y los preparatorios son aquellos realizados para concretar la resolución delictiva, pero que no alcanzan a conformar una tentativa. Para Etcheberry, sin embargo, se debe hacer notar que el concepto de acto preparatorio supone, de todos modos, ya formado el propósito de delinquir, o sea, son actos encaminados también a producir o al menos a facilitar el resultado.

Señala este autor que excepcionalmente la ley sanciona actos preparatorios: los actos preparatorios especialmente penados, la proposición y la conspiración.

Más allá de los actos preparatorios se encuentran los actos de ejecución, que constituyen el conato o tentativa.

Como se indicó, el artículo 7 del Código Penal establece la punibilidad de la tentativa y del delito frustrado.

1.1. El delito tentado

De acuerdo al artículo 7 del Código Penal, hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.

Habría tentativa cuando el sujeto ha alcanzado a realizar una parte de la actividad que le correspondía desarrollar, y tuvo que interrumpir su continuación. El autor ha iniciado la ejecución de la acción típica, pero no termina la actividad material personal que ésta supone, o sea, faltan uno o más (actos) para su complemento, y esta interrupción se produce por causas ajenas a su voluntad.

1.2. El delito frustrado

Hay delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.

El sujeto realiza toda la actividad personal que le correspondía llevar a cabo, pero el curso causal que pone en movimiento no se concreta en el resultado típico perseguido por razones ajenas a su voluntad.

1.3. La estructura del delito intentado

1.3.1. La fase subjetiva del delito intentado

El dolo del delito intentado es el mismo del delito consumado, es decir, el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y la voluntad de concretarlo. También deben concurrir los elementos subjetivos del injusto que requieren ciertos tipos para que pueda haber tentativa o frustración.

Al respecto Etcheberry señala que se exige en el sujeto la representación del resultado; propósito dirigido a su obtención; y motivación normal. Es decir, se exige la voluntad finalista calificada de dolo directo. Sobre este mismo punto, la opinión de Garrido Montt es diferente, pues para este autor no se divisa obstáculo para la existencia de tentativa o frustración con dolo eventual; y la doctrina mayoritaria acepta este punto.

En lo que no hay discusión es en que la culpa no es posible en la tentativa, pues el que actúa negligentemente no persigue cometer un delito, lo que es esencial en la tentativa.

1.3.2. La fase objetiva del delito intentado

El artículo 7 del Código Penal se refiere a esta fase al señalar la necesidad de “dar principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos”.

Lo que interesa precisar es qué actos realizados con el objeto de concretar la realización delictiva son merecedores de sanción penal, sean o no ejecutivos, así lo señala el Profesor Mario Garrido, aunque se ha recurrido a diversas tendencias como diferenciar entre actos preparatorios y actos ejecutivos, o recurrir a criterios normativos que permiten establecer cuándo se inicia la ejecución de un delito. Para ello se recurre a las teorías objetivas y subjetivas.

1.3.2.1 Las teorías objetivas

Previamente, en estas teorías, se determina la finalidad perseguida por el autor, es decir, su dolo, que señalará el delito que pretendía cometer. Se deja de lado la voluntad del autor, pasando a analizarse lo que habría realizado en la materialidad. La valoración del acto se hace con criterio objetivo, pero la diversidad surge respecto de los criterios a considerar:

a) Posición objetiva formal (Beling): recurre al tipo legal, por lo tanto, sólo es acto ejecutivo aquel que cumple con el comportamiento exigido por el tipo legal, es decir, cuando ese acto queda comprendido en la actividad descrita por el verbo rector del tipo. Sólo habrá tentativa desde que se comienza a violar la norma penal, pero corresponde determinar ese comienzo en cada clase de delito en abstracto.

Para esta teoría, habrá tentativa únicamente en los tipos que importan procesos complejos.

b) Posición objetiva material (Frank): Se amplía la noción de acto ejecutivo a aquellos que sin ser tales, por su necesaria unión con la acción típica, aparecían, según la concepción natural de la actividad, como incorporadas a esa acción.

Se complementó al tratar de incluir a todos aquellos actos que significan una determinada afección al bien jurídico.

c) Posición objetiva impropia (Carrara): se distingue entre la naturaleza unívoca y equívoca del acto. Los actos unívocos son aquellos que conducen por su naturaleza a un resultado criminoso. Estos serían actos ejecutivos y por consiguiente constituirían tentativa.

Los actos equívocos son actos meramente preparatorios, los que al considerarlos en su objetividad pueden o no estar dirigidos al resultado típico. Para catalogar a ciertos de ellos como tentativa se subjetiviza la doctrina al recurrir al propósito del autor, pues se distingue entre actos relativa y absolutamente equívocos. Los primeros son los que mirados en su contexto demuestran que constituyen tentativa de delito. Los segundos, son los que aun mirados con las demás circunstancias concurrentes no demuestran nada en relación al delito.

Carrara reemplazó su tesis por la del ataque a la esfera jurídica de la víctima, que califica como tentativa a los ataques que alcanzan a la persona o cosa en contra de la cual se dirige.

1.3.2.2 Las teorías subjetivas

Estas teorías ponen acento en la finalidad del agente como antecedente de valor para diferenciar el acto preparatorio del ejecutivo. Se debe establecer previamente cuál era el propósito y el plan que tenía en mente concretar, para luego indagar si conforme a dicho plan la actividad desarrollada por el sujeto queda o no comprendida en la acción descrita por el tipo. Si la comprende, hay tentativa, en caso contrario, no.

Se critica esta teoría, pues cualquier acto podría ser calificado de tentativa y extender su alcance a toda exteriorización de la voluntad delictiva. Pero hay que tener en

cuenta que no es acto ejecutivo toda exteriorización de voluntad, sino que debe apreciarse si corresponde a una decisión dolosa y si importa una manera de principiar a realizar la acción previamente propuesta conforme al plan del autor.

Hay una variante de esta teoría, la objetiva individual, que recurre al propósito del delincuente y a la previa determinación de su plan, una vez que los conoce, objetivamente y como tercero imparcial, examina el comportamiento incompleto del sujeto para establecer si queda o no comprendido dentro del tipo penal, si así sucede, el acto sería ejecutivo, si no, es preparatorio.

El profesor Mario Garrido señala que para establecer si se comenzó o no la ejecución del delito, resulta inútil toda referencia sobre si se está o no ante un acto preparatorio o ejecutivo. Sin embargo, la doctrina mantiene este criterio. Así Etcheberry enumera una serie de factores para resolver el problema del comienzo de ejecución⁴¹:

a) La voluntad finalista que dirige los actos. La figura de delito hacia la cual se encaminaba la voluntad del sujeto es el primer elemento que se debe tomar en consideración.

b) Las exigencias de la figura legal en cuanto al verbo rector y al resultado. El comienzo de ejecución será diferente según se trate de figuras formales descomponible en actos materiales, o de figuras materiales en las que se ha precisado el medio o modo de comisión, o de figuras materiales en que no se ha precisado el medio o modo de comisión.

c) Consideración de la virtud causal del acto ejecutado con relación al resultado que se desea evitar. La virtud causal debe apreciarse según la previsibilidad objetiva del resultado situándose en el momento y circunstancias del acto realizado.

d) Los hechos deben ser idóneos para la obtención del resultado. No puede decirse que ha comenzado a ejecutar, que está ejecutando, una acción penada por la ley quien realiza actos que jamás podrán llegar a producir el resultado constitutivo de tal

⁴¹ Etcheberry, op. cit. t. II, pp. 61-62.

acción penada por la ley. La idoneidad debe juzgarse según la previsibilidad objetiva del resultado a partir del momento y circunstancias en que el acto se realiza.

e) Para la producción del resultado deben faltar todavía uno o más actos. Es necesario que el delincuente todavía no haya realizado todos los actos que él debía ejecutar para la producción del resultado.

Para Garrido Montt⁴² del tenor del artículo 7 del Código Penal se desprende que deben concurrir dos requisitos para que exista delito intentado: que el culpable haya dado principio a la ejecución del crimen o simple delito, y que lo haga por hechos directos.

Se da principio a la ejecución del delito cuando existe la determinación del sujeto de cometerlo, cuando el dolo está formado en la mente del autor, cuando hay voluntad de concretar el hecho injusto en una forma dada y conforme a un plan predeterminado.

El análisis anterior debe hacerse con los ojos del sujeto, es decir, cuando conforme a su plan y visión que tenía de la realidad circundante en el momento de realizar el acto, ese acto constituía para él un principiar la comisión del delito, hay tentativa.

El acto por su parte tendrá la calidad de directo cuando cumple con dos requisitos: el acto debe dirigirse rectamente a la ejecución del delito y ese acto debe ser idóneo para concretar el tipo. Esto quiere decir por una parte que el acto debe manifestar con nitidez que está dirigido a la ejecución del delito; y por otra que la actividad realizada por el sujeto debe tener potencialidad causal para alcanzar el efecto o resultado esperado.

1.4. El delito consumado

Corresponde a la plena y total realización de la descripción legal de cada figura delictiva.

2. El iter criminis en los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas

⁴² Garrido Montt, op. cit. t. II, pp. 359-361.

El delito de hurto es definido por Alfredo Etcheberry como la apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrarse y sin que concurren la violencia o la intimidación en las personas, ni ciertas formas de fuerza en las cosas.⁴³

El concepto de apropiación confiere una particular fisonomía al delito de hurto. Es el verbo rector, núcleo del tipo legal y de singular importancia a la hora de determinar la consumación de este delito.

Es definida la apropiación por este autor como la sustracción de una cosa de la esfera de resguardo de una persona, con el ánimo de comportarse de hecho como propietario de ella.

Este concepto plantea el problema de resolver cuándo se entiende consumado el delito de hurto, es decir, cuándo está perfecta la apropiación.

Al respecto el profesor Mario Garrido señala que el momento en que se estima consumado el delito de hurto es bastante debatido. Al respecto existen cuatro posiciones⁴⁴:

a) La más extrema señala que sólo es necesario tomar la especie, y aún para algunos, sólo tocarla para que la apropiación se entienda consumada.

b) La segunda posición sostiene que el delito se consuma desde que el agente logra remover la cosa del lugar donde se encuentra, trasladándola a un lugar diferente.

c) La tercera posición conocida como ablatio es la de mayor adherencia a nivel jurisprudencial, considera que el apoderamiento se ha producido no sólo cuando la especie se ha movido la especie del lugar donde su dueño la tenía, sino que además ha sido sacada de la esfera de custodia de éste.

⁴³ Etcheberry, op. cit. t. III, p. 295.

⁴⁴ Garrido Montt, op. cit. t. IV, p. 165.

d) La cuarta posición sostiene que el delito se consuma únicamente cuando la cosa ha sido llevada al lugar que los delincuentes le tenían destinada o donde pensaban utilizarla.

Ninguno de estos criterios es suficiente para el profesor Garrido Montt, pues no responden a la naturaleza del delito de hurto que consiste en apropiarse de algo, arrogándose la facultad inherente al dominio que es la de disposición. De esta forma, el delito podrá estimarse consumado cuando el delincuente se encuentra en la posibilidad de ejercer esa facultad, es decir, cuando logra estar en condiciones de disponer de la cosa ajena siquiera por un instante.

En la legislación nacional, de acuerdo a lo señalado por Etcheberry, el texto de la ley positiva es un poderoso argumento a favor de la teoría de la ablato, pues apropiarse significa adquirir de hecho el poder de usar, gozar y disponer de una cosa y dicho poder no puede adquirirse mientras la cosa se encuentre en la esfera de resguardo de su titular.

Por su parte el delito de robo está definido en el artículo 432 del Código Penal que sanciona al que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia de cosa mueble ajena usando de fuerza en las cosas y sin emplear violencia o intimidación en las personas.

Tiene en común con el delito de hurto, el obrar sin la voluntad del dueño, tener ánimo de lucrar y de apropiarse de una cosa mueble ajena. Los diferencia el empleo de fuerza en las cosas.

Para Etcheberry, el delito de robo con fuerza en las cosas es considerado una especie particular de hurto, agravado por el modo de comisión, por lo tanto, el elemento adicional está representado por el empleo de fuerza, entendida como el empleo de energía para vencer una especial protección de que la cosa apropiada está revestida. De esta forma, la fuerza se ejerce sobre las defensas o resguardos de la cosa y no sobre la cosa misma.

Al compartir ambos delitos el elemento apropiación, se estará a lo dicho anteriormente respecto del hurto para considerar consumado el delito en estudio.

C) Jurisprudencia relativa al iter criminis en la reforma procesal penal

1. El delito de hurto

1.1. La penalidad del delito de hurto con anterioridad a la Ley Nº 20.140

1.1.1. El hurto falta no se encontraba penado en etapas de ejecución imperfecta

Corte de Apelaciones de Concepción. 06 de diciembre de 2004, Rol 503-2004

Considerandos relevantes:

Concepción, seis de diciembre de dos mil cuatro.

VISTO: Esta causa RUC 0400255009-7, RIT 3243-2004 del Juzgado de Garantía de Concepción, se sigue contra María Isabel Rivas Montoya, en cuyo favor se dictó sentencia absolutoria tras ser imputada del delito falta de hurto frustrado de especies de propiedad del Supermercado Líder de esta ciudad. En contra de la sentencia, el Fiscal Adjunto del Ministerio Público, don Ricardo Eugenio Freire Scheel, dedujo recurso de nulidad con la finalidad de invalidar el juicio simplificado y el fallo, invocando para ello la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por haberse efectuado una errónea aplicación del derecho en el pronunciamiento de la sentencia, error que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Habiéndose concedido el expresado recurso y estimándose admisible por esta Corte, se dispuso su inclusión en tabla para el lunes 15 de noviembre del presente mes y año. En la audiencia respectiva se llevó a efecto la vista de la causa, con la concurrencia y alegatos de los abogados del Ministerio Público y Defensoría, disponiéndose citación para lectura del fallo para el día de la fecha. **CONSIDERANDO:**

1.- Que la errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo recurrido de nulidad, el Ministerio Público la ha hecho consistir en la circunstancia de no haber dado cumplimiento el juez sentenciador a la disposición del artículo 494 bis del Código Penal, que, según lo expresa en fojas 19 del texto de su recurso, expresamente sanciona la falta de hurto frustrado.

2.- Que, primero que todo, hay que decir que **no es efectivo lo que apunta el Fiscal en orden a que el artículo 494 bis del Código Penal expresamente, como dice, sancione el delito falta de hurto frustrado. Si así fuera, ningún problema surgiría a su respecto. Cuando una ley es clara, no requiere aclaraciones; se explica por sí misma y no convoca a discusión. Es necesario recordar que el artículo 9 del Código Penal expresa: Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas. La reforma que la ley quiso introducir en esta materia para castigar la tentativa y la frustración del delito falta de hurto, quedó en la penumbra legislativa. La claridad necesaria que requiere el castigo de una conducta penal en las diversas etapas de ejecución del hecho punible, a saber: delito consumado, delito frustrado y delito**

tentado, en el artículo 494 bis, en comentario, en sus grados de tentativa y frustración, quedó en la intención del legislador, en un silencio que habla y que pugna por saltar el marco de las letras, constituyéndose en un problema que instala la discusión directamente en el campo de la reserva legal en materia penal, en el ámbito específico de la legalidad en materia penal sustantiva y, más específicamente aún, en el ámbito de la legalidad de la pena.

3.- Que en el extremo de la pena, la legalidad se enmarca, en primer lugar, en el artículo 19 N° 3 inciso séptimo de la Constitución Política de la República, que establece que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley Consagra, de este modo, el principio de legalidad, que se expresa en el adagio genérico en latín *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine poena legalis*: No hay pena sin ley, no hay pena sin delito, a todo delito corresponde una pena legal. Es oportuno señalar que este principio se refiere no sólo a una sanción de orden penal. Toda sanción jurídica debe tener respaldo legal. La legalidad de la pena se enmarca también en la disposición del artículo 18 del Código Penal, que expresa en su inciso primero: ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. La legalidad de la pena consiste, pues, en que la ley establezca expresamente el castigo para tal o cual delito. A ello hay que agregar, que la ley establezca también la dosis o cantidad de castigo para las otras etapas de ejecución y participación del delito, tal y como lo hace el legislador para la aplicación de las penas en lo relativo a los crímenes y simples delitos en el párrafo 4º Título III del Libro I del Código Penal.

4.- Que, ahora bien. Las modificaciones que la Ley 19.950, de 5 de junio del presente año, introdujo a la figura típica del hurto, tuvo el propósito de castigar más drásticamente el llamado hurto hormiga operado principal y frecuentemente en los centros comerciales conocidos como supermercados. Al efecto, suprimió el hurto falta que contemplaba en la relación de los hechos típicos referidos en el artículo 494 N° 19 del Código Penal, a valores no superiores a una unidad tributaria mensual, entre ellos el hurto del artículo 446 del mismo Código, y que sancionaba con pena de multa. Introdujo, en su reemplazo, un nuevo artículo, el 494 bis, que, en lo medular, castiga a los autores de hurto de cosa cuyo valor no exceda de media unidad tributaria mensual, con pena de prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales. En el inciso final del nuevo artículo 494 bis, insertado en el Libro Tercero del Código Penal en el Título I De las Faltas, el legislador plasmó su propósito de sancionar la falta frustrada de hurto y la tentativa, señalando expresamente se sancionará también la falta frustrada y la tentativa conforme a las disposiciones del artículo 7º. En el artículo 7º se anota lo que debe entenderse por crimen o simple delito frustrado y por tentativa. Hay que entender que este mismo criterio debe observarse para estimar cuándo hay falta frustrada y cuándo hay tentativa. Pero el legislador olvidó decir cómo se sancionan la frustración y la tentativa. ¿que entender que se sancionan según las reglas aplicables al crimen y simple delito la falta frustrada y la tentativa de hurto-falta? ¿que entender que hay una tácita referencia al párrafo 4º De la aplicación de las penas? Dado el concepto de estrictez interpretativa, mejor dicho, la restricción interpretativa que impera en el campo del Derecho Penal, tal solución no resulta posible. Con relación al castigo, sanción o pena, no hay ni un habría ni un sería; simplemente, hay o no hay una sanción expresa establecida por la ley. La legalidad de la pena no admite analogía ni interpretación; ni lógica, ni gramatical, ni sistemática ni *bonam partem*, como postula el recurrente, máxime en presencia de la estricta legalidad que como principio general consagra el artículo 5º del Código Procesal Penal, que prohíbe expresamente la aplicación de las disposiciones legales que afectan los derechos del imputado, por analogía, y manda interpretarlas

restrictivamente. Hay que resaltar que el legislador, cuando ha querido alterar el régimen de penalidad en las etapas de ejecución del delito, se ha encargado de establecerlo expresamente, como puede observarse en el caso del artículo 450 del Código Penal, que sanciona como consumado el delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación, robo con violencia o intimidación en las personas y robo por sorpresa que se castigan como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa.

5.- Que es conveniente apuntar que la disposición que pretende sancionar el hurto-falta tentado o frustrado ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios, pudiendo mencionarse, por vía de ejemplo, el de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 28 de octubre pasado, rol 679-2004, que rechazó el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia que absolvió al imputado, y el de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 12 de noviembre en curso, rol 168-2004, que, por el contrario, acogió el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia que absolvió también al imputado.

6.- Que, resumen de lo que se viene diciendo cuanto a la legalidad de la pena, es que: sólo hay pena en la ley, tal y como lo consagra el inciso primero del artículo 1º del Código Penal, que comienza diciendo. Es delito toda acción u omisión penada por la ley. Nulla pena sine lege. Tal conclusión sobre legalidad de la pena lleva al obligatorio rechazo del recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público y que ha fundado en la circunstancia de haberse efectuado una errónea aplicación del derecho en el pronunciamiento de la sentencia absolutoria del imputado, error que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. El legislador debió ser más cuidadoso en su técnica legislativa para castigar la frustración y la tentativa en el hurto falta, y tener presente el principio garantista que inspira la Reforma Procesal Penal que conduce a una aplicación más restrictiva que antes del Ordenamiento Penal General, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo. La legalidad de los delitos y de las penas representa la protección más efectiva de los derechos del individuo. La extensión penal por analogía no resulta, así, ni lógica ni racional. No hay, pues, errónea aplicación del derecho. Simplemente, no hay disposición punitiva expresa que aplicar. El recurso deberá ser rechazado.

Por estos fundamentos y según lo previsto en los artículos 45, 48, 352, 358, 372, 376 y 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA, con costas, el recurso de nulidad interpuesto por don Ricardo Eugenio Freire Scheel, Fiscal Adjunto del Ministerio Público, en contra de la sentencia de ocho de octubre de dos mil cuatro, que en copia autorizada se lee en fojas 13 a 15 de esta carpeta, pronunciada por la Juez de Garantía de Concepción, dona Anita GVásquez, declarándose que no ha lugar a las nulidades pedidas de la sentencia referida y del juicio simplificado. Dése a conocer a los intervinientes que asistieren a la audiencia fijada al efecto, sin perjuicio de su notificación por el estado diario. Regístrese y devuélvase. Redacción de la Ministro señorita Isaura Esperanza Quintana Guerra. Rol 503-2004 R.P.P.

Corte de Apelaciones de San Miguel. 22 de julio de 2005, Rol 18-2005

Considerandos relevantes:

OIDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público se funda en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 376 y 399 del mismo texto, e invoca dos órdenes de razones. La primera, por calificar erróneamente el grado de ejecución del delito, estimando la falta como frustrada, en tanto que se trataría de una de carácter consumada, capítulo en el cual no se consignan las disposiciones legales específicamente infringidas (invocándose sólo de modo general y en la audiencia los artículos 432 y 494 bis del Código Penal). Y, una segunda objeción, al señalar que el Tribunal de Garantía erró en su estimación de que el delito de hurto falta frustrado no está sancionado penalmente, aspecto en el que se denuncia la transgresión de los artículos 7 y 494 bis inciso final del Código Penal, ó los artículos 51 o 52 del mismo texto.

DÉCIMO SEGUNDO: Que en cuanto al segundo motivo de nulidad, que cuestiona la absolución sobre la base de estimarse no sancionado penalmente el hurto falta, en grado de frustrado o tentado, a que se refiere el inciso final del artículo 494 bis del Código Penal, debe tenerse en cuenta que esa disposición legal, luego de describir en el inciso primero el castigo para los autores del hurto falta consumado, en su acápite final señala Se sancionará también la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del artículo 7 del Código Penal. Y este precepto, entonces, pretende constituirse en una excepción a lo dispuesto en el artículo 9 del mismo texto que dispone que las faltas se sancionarán sólo cuando han sido consumadas.

DÉCIMO TERCERO: Que, por de pronto, el artículo 7 antes mencionado no soluciona el problema planteado, toda vez que esa norma sólo define lo que debe entenderse por delito frustrado o tentado. Ha de acudirse entonces al alcance de la palabra también empleada, que puede significar -en un aspecto- la aplicación a este tipo de transgresiones de la penalidad que el inciso primero contiene para las faltas consumadas o, -desde otra perspectiva- que la sanción se reglará conforme a las reglas generales de los artículos 51 y 52 del Código Penal, soluciones ambas que el recurrente estima aceptables en la especie;

DÉCIMO CUARTO: Que evidentemente tales opciones contrarían lineamientos básicos reconocidos en la Constitución Política de la República y en el ordenamiento penal, como quiera que se desconoce el principio de reserva y de legalidad que garantizan a los potenciales justiciables que la pretensión punitiva del Estado no les alcanzará sino cuando la ley de modo general y abstracto describa previamente una acción u omisión que se estime reprochable socialmente, estableciendo asimismo precisamente la pena que le corresponde al infractor (artículo 19 N° 3 inciso 7° de la carta fundamental);

DÉCIMO QUINTO: Que, en efecto, **ante la indefinición del legislador para sancionar la falta frustrada o tentada, una interpretación extensiva o analógica del inciso último del artículo 494 bis tantas veces mencionado, acudiendo a la penalidad del inciso primero de la norma, no es permitida por los principios anotados y, asimismo, por carecer de congruencia con el sistema de punición penal que hace distinción según los grados de desarrollo del delito, salvo expresa reglamentación en contrario** (como sucede con el artículo 450 del Código Penal, aunque igualmente cuestionable, al menos en una perspectiva de política criminal);

DÉCIMO SEXTO: Que, a la vez, acudir por analogía (ya sea ha dicho, la regla no hace ninguna referencia a ello) a las normas generales de penalidad disminuida que

describen los artículos 51 o 52 del Código Penal es del mismo modo inaceptable; primero, porque el propio artículo 9 ya enunciado, también en términos globales para la generalidad de las faltas impide su sanción atendiendo a esos preceptos y, segundo, porque se sigue de una interpretación armónica de esta normativa que los nombrados artículos 51 y 52 solo se refieren a los crímenes y simples delitos, descartando precisamente las faltas;

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, por fin, se hace patente que la intención del legislador manifestada en la historia del establecimiento de la norma estudiada no produce eficacia, pues como se ha constatado el mismo redactor no describió la sanción expresa y determinada para las conductas imperfectas a que si alude, omisión que es insuperable si se atiende, como se viene diciendo, a los principios elementales del derecho penal, y a las garantías fundamentales que la Constitución y los Tratados Internacionales reconocen en la definición de las conductas reprochables penalmente. Recuérdese la vigencia de tales garantías y principios limitativos de la lesividad punitiva estatal, por vía de los artículos 9 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 7 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; todos aplicables según lo dispuesto en el artículo 5 de la carta fundamental y que constituyen, según la misma Constitución y lo señalado por la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, un límite a la soberanía del Estado con aplicación preferente sobre el ordenamiento interno de la República;

DÉCIMO OCTAVO: Que por lo razonado precedentemente, no se divisa la presencia de las infracciones denunciadas; todo lo que lleva a desestimar la pretensión que persigue la abrogación del fallo objetado. Por estas consideraciones y lo prevenido en la normativa citada y artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto por la Sra. Fiscal Adjunto de la Fiscalía Metropolitana Sur en representación del Ministerio Público, en contra de la sentencia dictada por el Décimo Quinto Juzgado de Garantía de Santiago, el veinte de junio de dos mil cinco, en los autos RIT N° 10-2005, RUC N° 0500234863-4.

Comuníquese y Regístrese. Redacción del Ministro Sr. Roberto Contreras Olivares. Rol 18-2005. Pronunciado por los Ministros señora Carmen Rivas González, señor Roberto Contreras Olivares y Abogado Integrante señor Juan Carlos Cárcamo Olmos. San Miguel, veintidós de julio de dos mil cinco, notifiqué por el estado diario la resolución precedente. Ministro de Fe.

Corte de Apelaciones de San Miguel. 28 de julio de 2005, Rol 17-2005

Considerandos relevantes:

San Miguel, veintiocho de julio de dos mil cinco.

Vistos:

En el Quince Juzgado del Crimen de Santiago en procedimiento simplificado, se dictó el diecinueve de junio del año en curso, en la causa RUC N° 0500234724-7 RIT N° 6-2005 sentencia definitiva por la cual se absolvió a la imputada CAROLINA INÉS JULIA SAGREDO MALDONADO del cargo de ser autora del hurto falta frustrado, previsto en el artículo 494 bis del Código Penal. En contra de esta sentencia la señora Fiscal Adjunta,

de la Fiscalía Metropolitana Sur del Ministerio Público, dedujo recurso de nulidad, el cual se funda en la causal prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, denunciando una errónea aplicación del derecho al no darle aplicación al artículo 494 bis del Código Penal que sanciona ciertos delitos de hurto falta, aún en los casos de la tentativa y frustración. El recurso fue declarado admisible por esta Corte de Apelaciones el treinta de junio del año en curso, y se ordenó su vista para la audiencia del día doce de julio en curso, y en ella, se escuchó a la Fiscal señora Greta Fuchslocher Hassenberg y al señor Defensor señor Nicolás Orellana Solari y se les citó para la lectura del fallo, acordado para el día veintiocho de julio en curso.

CUARTO: Que el artículo 7º del Código Penal establece que en la frustración el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad. En lo que se refiere al delito consumado la Ley, sin definirlo, señala en el artículo 50 del Código del ramo, que la pena asignada a un delito se impone al delito consumado.

QUINTO: Que el caso del delito de hurto, la consumación se produce cuando el sujeto incorpora, con ánimo de señor y dueño a su esfera de cuidado la especie ajena y para la víctima que haya salido de su esfera de resguardo.

SEXTO: Que se ha fijado como hecho de la causa que la requerida ocultó entre sus ropas cuatro litros de leche y una parka, especies valuadas en \$13.139, para luego de traspasar las cajas registradoras sin cancelar su valor comercial ser sorprendida por el guardia del establecimiento comercial, quién la retuvo y entregó a carabineros.

SÉPTIMO: Que la infracción se produce al traspasar las cajas registradoras. Sin cancelar el valor de las especies, hasta ese momento, sólo había una mera tenencia de estas y no una posesión como señor y dueño, en el caso de autos, el ilícito no se perfeccionó por que su acción fue interrumpida por el guardia de seguridad quién con su intervención frustró el delito, no dando ocasión para que el delincuente actuara como señor y dueño.

OCTAVO: Que el artículo 9 del Código Penal pena las faltas cuando estas se encuentran consumadas ya que en su etapa imperfecta de consumación, esto es, en los casos de tentativa y frustración serían conductas atípicas.

NOVENO: Que el artículo 494 bis del Código Penal establece la pena aplicar si el valor de la cosa hurtada no pasare de media Unidad Tributaria. En el inciso final de dicha disposición estatuye que se sancionara la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del artículo 7º.

DÉCIMO: El inciso final anotado si bien quiso hacer típica la falta frustrada y la tentativa, no señaló, como era necesario, la pena que a esta conducta de tentativa y frustración correspondía aplicar y tampoco se remitió a situaciones legales que penalizaran estas figuras imperfectas del desarrollo delictual, como ocurre en el artículo 450 del Código Penal.

UNDÉCIMO: Que el artículo 19 Nº 3 inciso 7º de la Carta fundamental establece el principio básico en el derecho penal, la legalidad, y señala que ningún delito se castigará con otra pena que la que señala la Ley... lo que la doctrina

unánime refiere tanto a descripción típica del hecho ilícito, como a la sanción que de manera escrita se señale al respecto de un determinado hecho punible.

DUODÉCIMO: Que en el presente caso, es indudable que la intención del legislador, en cuanto estableció el artículo 494 bis del Código Penal fue de castigar de manera más severa el delito falta de hurto y de manera incompleta fue del parecer de sancionar la falta frustrada y la tentativa, que por regla general son conductas atípicas, pero lo cierto es que no estableció de forma precisa y clara la sanción correlativa a esos tipos de comisión del ilícito, que en lo general importan penas inferiores al delito consumado, como se aprecia del tenor de los artículos 51 y 52 del Código Penal, normas que sólo reciben aplicación tratándose de los crímenes y simples delitos y, por consecuencia, no cabe aplicar por analogía a las faltas. De este modo, resalta como principio elemental lo previsto en el inciso 2º del artículo 50 del texto punitivo citado, que sienta como regla general que siempre que la Ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado.

DÉCIMOTERCERO: Que en el presente caso, no cabe duda que conforme a los preceptos antes citados la penalidad que se contiene en el artículo 494 bis del Código Penal sólo esta referida a la falta consumada; que la expresión también del inciso final sólo presenta una mera intención de hacer típica, la falta frustrada y la tentativa, pero al no contener la Ley la sanción expresa y determinada de dichas conductas, no ha satisfecho el principio básico, constitucional y legal de contener legalmente la pena que sería del caso aplicar.

DÉCIMOCUARTO: Que el Tribunal de la instancia al decidir de la manera antes dicha, lejos de incurrir en el error de derecho que se le atribuye en el recurso, al absolver a la imputada, le ha dado a las normas constitucionales legales en discusión la exacta interpretación y aplicación por lo que no ha podido incurrir en la causal de nulidad que se le reprocha.

Y visto además lo dispuesto en los artículo 372, 373 letra b), 376 N° 2, 384 y 399 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público de fecha veintinueve de junio del presente año, en contra de la sentencia dictada por el Quince Juzgado de Garantía de Santiago de fecha diecinueve de junio del año en curso, y por consiguiente, no es nulo el juicio ni el aludido fallo.

Corte Apelaciones de Santiago. 21 de diciembre de 2005, Rol 716-2005.

Considerandos relevantes:

Considerando:

1º Que el recurso de nulidad sobre el que debe pronunciarse esta Corte, plantea que en la sentencia recurrida se ha aplicado erróneamente el derecho con influencia substancial en lo dispositivo al haber calificado como frustrado el delito de hurto falta materia del requerimiento, en circunstancias que se trataría de un delito perfecto en su desarrollo, como asimismo al haber absuelto al imputado por esta razón no obstante que el requerimiento lo fue por delito consumado y que el requerido aceptó su responsabilidad en los hechos, de donde sigue que sólo pudo condenar o, en su caso, haber fijado

audiencia para la realización del juicio simplificado donde se pudieran rendir las pruebas ofrecidas.

3° Que la sentencia cuya validez se impugna sintetiza el hecho materia del requerimiento del Ministerio Público, como consistente en que el día 14 de noviembre de 2005 Robinson Vera Ramos ingresó al Supermercado Líder ubicado en avenida 11 de septiembre 2249, Providencia, siendo sorprendido por guardias de seguridad después de traspasar el umbral de cajas sin haber pagado dos desodorantes marca Convicción y dos desodorantes marca Axe, evaluados en la suma total de \$5.960. En seguida consigna que efectuadas las advertencias contempladas en el artículo 395 del Código Procesal Penal, el imputado admitió responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento, enunciando a la realización del juicio, reconocimiento que prestado dentro del ámbito de la auto inculminación permitida lleva a tener por establecido el hecho punible y la falta materia de la imputación, en grado de frustrada, como la participación del inculpado, como autor del mismo, precisando que el delito se encuentra frustrado, porque fue sorprendido cuando aún la especie se hallaba bajo la esfera de resguardo, formada por elementos de seguridad, humanos y técnicos, del establecimiento propietario de las mismas, sin que se haya alcanzado la apropiación de las mismas.

5° Que, en lo que hace al grado de desarrollo del delito, el artículo 7° del Código Penal ha definido lo que ha de entenderse por tentativa y por frustración, y en lo que interesa ha dicho que en la frustración el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad. Acerca del delito consumado no existe tal definición, limitándose el artículo 50, inciso final, del mencionado estatuto, a señalar que la pena que la ley designa a un delito lo es en el carácter de consumado. Sin embargo puede decirse que la consumación es la etapa superior del iter criminis o en palabras de Cury la realización completa del hecho típico (Derecho Penal, Parte General, tomo, II, pág 190). O, como expresa Labatut que ella se produce cuando la hipótesis de hecho contenida en la ley se convierte en realidad (Labatut, D° Penal, T I, pág 190, 9ed.), es decir, según el mismo autor, que el delito consumado se realiza tanto subjetivamente para el hechor, como objetivamente para la víctima, cumpliéndose entonces los requisitos de la descripción legal, parte objetiva y subjetiva y la lesión del bien jurídico protegido. Así, en el caso del delito de hurto la consumación se produce cuando el sujeto incorpora, con ánimo de señor y dueño a su esfera de cuidado la especie ajena, es decir, desposee o saca el objeto de la esfera de poder del titular;

6° Que el argumento del recurso relativo a que no se divisa qué actos faltarían para entender que se hubiera consumado el delito, debe desecharse porque en verdad, en el delito frustrado, el sujeto ha ejecutado toda la acción típica, pero el resultado no se produce por motivos que le son ajenos. El artículo 7° del Código Penal habla de que el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el delito se consume, de manera que no es que le falte desarrollar algún acto todavía, a diferencia de lo que sucede con la tentativa. Asimismo, debe desestimarse la calificación de delito de mera actividad del hurto, pues en ellos la acción se confunde con el resultado, mientras que en el delito de hurto la apropiación (sustracción con ánimo de señor y dueño) sin la voluntad del propietario, hecha con ánimo de lucro, debe significar sacar la especie, de hecho, del patrimonio del dueño, impidiendo, de esta forma, que éste pueda ejecutar respecto de ella las facultades que otorga el dominio, no bastando ni la aprehensión material de la cosa ni su traslado o cambio de lugar. Tampoco puede aceptarse la asimilación que el recurrente efectúa al caso del robo por sorpresa, no sólo por ser una figura especial en relación con

el hurto, sino porque es el ofendido el que portando consigo las cosas es sujeto pasivo de la apropiación, nada de lo cual acontece en el hecho materia de la litis;

7° Que el resto de la argumentación del recurso se sostiene en la idea de que al haber ocultado el hechor entre sus ropas los desodorantes, ya en ese momento los incorporó a su propia esfera de resguardo, faltando únicamente para hacer punible la acción que traspusiera las cajas sin pagar su valor. No obstante estar establecida esta circunstancia, también lo está que la acción del imputado, como mero tenedor de la mercadería que sustraía, fue interrumpida casi de inmediato por los guardias de seguridad del supermercado que lo aprehendieron en una zona próxima al recinto, en términos que, como consecuencia, de dicha intervención el agente no contó con la más mínima posibilidad de llevar a efecto su propósito, esto es, hacerse con la cosa para servirse de ella. Por esto es que la acción no logra consumarse, aun cuando trasponer las cajas sin pagar los artículos importa una modificación de hecho entre la calidad de tenedor y aquella que pretendía, de poseedor de facto, porque la realización de la conducta si bien subjetivamente está completa, en el plano objetivo es interrumpida antes que tuviera la posibilidad siquiera de comportarse como tal. Ello es lo que el artículo 7° del Código Penal define como frustración;

8° Que, por otro lado, no es posible prescindir del hecho público y notorio, que en estos establecimientos existen los medios técnicos y humanos que permiten ejercer la vigilancia en todo el ámbito de custodia, de donde surge que la detención más o menos inmediata una vez fuera del recinto no modifica substancialmente la situación, puesto que los guardias han podido actuar antes o cabe la posibilidad de que actuaran antes, de tal modo que el momento consumativo quedaría entregado a la voluntad de los captores, lo que debe rechazarse sin más;

9° Que lo dicho es también congruente con la definición que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala como significados de custodiar y resguardar, vale decir, guardar con cuidado o vigilancia, o defender, proteger, precaverse o prevenir de un daño, o guardia o seguridad que se pone a una cosa;

10° Que, en consecuencia, forzoso es concluir que el juez de garantía al calificar como frustrado el delito de hurto materia de estos antecedentes, no ha efectuado una aplicación errónea del derecho como se denuncia en el recurso; por el contrario, ha hecho una correcta aplicación de las normas legales en cuestión y demás aplicables, conforme las cuales no sólo no se consumó el delito, sino que debía absolverse al requerido por no ser punible el delito falta mencionado, en etapa de frustración, sin que este fallo deba extenderse al análisis de esta última temática por no haber sido abordada en el recurso.

Por estos fundamentos y lo dispuesto, además, en los artículos 352, 358, 360, 372, 384 y 399 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Ñuñoa en contra de la sentencia del juez del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, don Mario Muñoz Reymar, de quince de noviembre de dos mil cinco en los autos RIT 1756-2005, la cual, por consiguiente, no es nula.

Juzgado de Garantía de Puente Alto. 14 de julio de 2005, Rit 239-2005.

Considerandos relevantes:

EL TRIBUNAL RESUELVE

Puente Alto, 14 de julio de 2005

Vistos:

Que en la causa Rit 0239-2005 el Ministerio Público presentó requerimiento en procedimiento simplificado en contra del imputado Mauricio Alejandro Malgarini Robledo, Rut 15.391.386-2, domiciliado en calle Diez Oriente N° 8006, de la comuna de La Granja. En el mencionado requerimiento se señala que el día 13 de julio del año 2005, el imputado ocultó entre sus ropas, dos cortes de carne evaluados en \$9.969 y traspasó las cajas de seguridad del supermercado Líder ubicado en Av. Los Toros número 5441, Puente Alto. El Ministerio Público indicó que esos hechos constituyen el delito de Hurto Falta, previsto y sancionado en el artículo 494 bis del Código Penal, en grado de desarrollo de consumado, en cual al requerido le ha atribuido la calidad de autor de conformidad al artículo 15 número 1 del Código Penal. El Ministerio Público solicita le sea aplicada una pena de 21 días de prisión y una multa de dos Unidades Tributarias Mensuales.

Considerando:

PRIMERO: Que, el imputado consultado en la audiencia admitió responsabilidad en los hechos señalados por el fiscal en su requerimiento de acuerdo a los términos del artículo 395 del Código Procesal Penal, habiéndosele advertido previamente, que tal reconocimiento de igual forma podría dar lugar a la aplicación de una pena privativa de libertad, en este caso prisión, en su contra.

SEGUNDO: Que, los antecedentes de la investigación que fundan el requerimiento de la fiscalía son: Parte Policial N° 154 del Retén El Peral, acta de entrega del detenido por civiles, acta de reconocimiento de especies, guía de despacho, declaración del guardia de seguridad del supermercado Líder, y la fijación fotográfica de las especies ya indicadas.

TERCERO: Que, la admisión de la responsabilidad en los hechos que se le imputan otorga suficiente plausibilidad a los antecedentes que fundamentan el requerimiento de la Fiscalía por su coherencia y lógica, por lo que este Tribunal ha llegado, más allá de toda duda razonable, a la convicción de que se ha acreditado el hecho y la participación del imputado como lo requiere la fiscalía.

CUARTO: Que, el Tribunal encuadra los hechos acreditados dentro de la figura típica contemplada en el artículo 494 bis del Código Penal, esto es, el delito de Hurto Falta en grado de frustrado, ya que el requerido puso todo de su parte para que la falta se consumara y esto no se verificó por causas ajenas a su voluntad.

QUINTO: Que, el artículo 9º del Código Penal establece que las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas de manera que no son punibles en sus etapas imperfectas de consumación y por ende los casos de frustración y tentativa resultan atípicos.

SEXTO: Que, la Ley N° 19.950 publicada en el diario oficial el día 5 de junio de 2004, incorporó el artículo 494 bis del Código Penal que dispuso que los autores de hurto serán castigados con prisión en su grados mínimo a medio y multa de 1 a 4 Unidades Tributarias Mensual si el valor de la cosa hurtada no pasará de media Unidad Tributaria Mensual. En el inciso final dicha disposición estatuyó que se sancionará también la falta frustrada y la tentativa conforme a las definiciones del artículo 7° del Código Penal.

SÉPTIMO: Que, se estima tal como lo ha interpretado la Excelentísima Corte Suprema, que la pena establecida en el artículo 494 bis del Código Penal sólo está referida a la falta consumada; y que si bien la intención del legislador fue también tipificar la falta en sus etapas imperfectas, no señaló expresamente la pena que a la falta frustrada o tentada correspondería aplicar.

OCTAVO: Que, el artículo 19 número 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República establece que ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale la ley promulgada con anterioridad a su perpetración; de manera que el principio de legalidad reconocido como garantía constitucional y básica en el Estado de Derecho, se refiere tanto a que sólo la ley puede definir qué conducta de una persona es punible como delito, como asimismo, la sanción que de manera estricta se asigna para un determinado ilícito, quedando excluida de todos modos aplicar pena por analogía o hacer una interpretación extensiva de las normas penales.

NOVENO: Que, de acuerdo a lo antes señalado, si bien parece claro que la intención del legislador hay sido castigar las faltas de hurto en sus etapas imperfectas de ejecución, no estableció de manera precisa la sanción correlativa a esos tipos de comisión del ilícito, por cuanto los artículos 51 y 52 del Código Penal, que imponen penas inferiores al crimen y simple delito frustrado y tentado, no caben ser aplicadas por analogías a las faltas.

DÉCIMO: Que, por consiguiente, al no encontrarse legalmente establecida una pena para el hurto falta frustrado estamos frente a una norma que no satisface el principio básico constitucional de legalidad, de manera tal que aún cuando se encuentre tipificado el delito, al no tener pena aplicable, el requerido debe ser absuelto.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 1, 3,7,9, 14 N° 1, 15 N° 1, 432 y 494 bis del Código Penal, 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, artículos 45, 47, 295, 297, 342, 388 y siguiente, y 395 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Que, se absuelve a Mauricio Alejandro Malgarini Robledo, ya individualizado anteriormente, de los cargos formulados en su contra por el Ministerio Público, de ser autor del delito de hurto falta, en perjuicio del supermercado Líder, cometido el día 13 de julio de 2005, en este territorio jurisdiccional.

II.- Que, no se condena en costas al Ministerio Público, por haber tenido motivos plausibles para presentar el requerimiento en procedimiento simplificado.

Los intervinientes quedan notificados en este acto de la sentencia. Regístrese y archívese cuando en derecho corresponda. Se da orden de libertad para Mauricio Alejandro Malgarini Robledo.

Juzgado de Garantía de Talca. 09 de noviembre de 2006, Rit 8161-2006.

Considerandos relevantes:

Talca, nueve de noviembre de dos mil seis.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que el Ministerio Público, ha presentado requerimiento verbal en procedimiento simplificado en contra de **ANGELICA MARIA RAMOS RAMOS**, 18 años, c.i.17.040.0754-7 , domiciliada en 13 ½ sur n° 2913, temporera basado en los antecedentes del requerimiento: Que el día 8 de noviembre de 2006, aproximadamente a las 21,50 hrs, la imputada ingresó al supermercado Santa Isabel de Talca, ubicado en calle 1 norte esquina de 5 oriente y una vez al interior de éste la imputada procedió a apropiarse con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueño, de 3 cepillos de dientes y un desodorante, especies que fueron valuadas en la suma total de \$ 9.090.- especies que con las que traspasó las cajas de seguridad y siendo sorprendida cuando se daba a la fuga, por guardias de éste quienes la reingresaron al mismo. hecho que según el Ministerio Público constituye el delito de hurto falta, en grado de consumado, descritos en el art. 432 y sancionados en el art.494 bis del Código Penal, cometido por la imputada en calidad de autora, perjudicándole la agravante del artículo 12 No.16 del Código Penal.

Tercero: Que los hechos reseñados en el considerando primero precedente, si bien podrían configurar el delito de hurto falta de especies de propiedad de Supermercado Santa Isabel, previsto y sancionado en los art. 432 y 494 bis del Código Penal, lo estaría sólo en grado de frustrado, ya que de los hechos del requerimiento, aquellos en lo que admitió responsabilidad, se evidencia que no logró sacar las especies de la esfera de custodia en que su dueño las tenía, pese a haberlas ocultado entre sus ropas ya que, como se dijo, nunca salió del local comercial ni pudo apropiarse efectivamente de ellas, pese a haberlas ocultado entre sus ropas, porque fue retenida por el guardia de seguridad cuando la vio en el pasillo tratando de salir del local, dándose a la fuga caminando al interior del local y fue detenida en la puerta de salida, lo que se corrobora con los relatado por el ministerio público en los antecedentes ya que los guardias de seguridad que la retuvieron relataron a Carabineros que se percataron de la imputada mientras traspasaba las cajas recaudadoras y que fue retenida cuando trataba de salir del supermercado con las especies en su poder con lo cual nunca tuvo la posibilidad real, además, de disponer de ellas; haciendo presente que la esfera de resguardo de las especies que están dentro de un supermercado no es sólo el espacio físico previo a la línea de cajas sino todo el recinto y el resguardo que se hace de las especies, lo que se corrobora incluso en que existen paletas de alarma incluso en las puertas de salida; se razona así, además, teniendo presente que precisamente en estas salas de venta son los guardias de seguridad quienes hacen el resguardo de las especies y, en ejerciendo ese resguardo, la retienen al tratar de salir del local; siendo así, atendido su grado de perpetración y **si bien el artículo 494 bis del Código Penal indica que se castigará la falta frustrada y tentada, lo cierto es que no existe pena a imponer ya que las normas de determinación de penas para lo ilícitos en grado de desarrollo imperfecto, lo son sólo para los crímenes o simples delitos, según se evidencia del artículo 52 del Código Penal; de no razonarse así, además, se infringiría el principio de legalidad consagrado en la Constitución Política del Estado y se estaría sancionando una falta con una pena no señalada en la Ley.**

El Tribunal, atendido lo razonado en el considerando tercero precedente, absolverá a la imputada, con lo cual resulta innecesario pronunciarse sobre las demás alegaciones de la defensa.

Por los fundamentos señalados y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 1, 7, 11 No9, 15, 18, 21, 25, 70, 432 y 494 bis del Código Penal, artículos 388 y siguientes del Código Procesal Penal, Ley 18.216 y Constitución Política del Estado, **se declara:**

I.- Que **se ABSUELVE** a **ANGÉLICA MARIA RAMOS RAMOS**, ya individualizada, de los cargos formulados en su contra

II.- Que, **no se condena en costas**, al ministerio público por haber tenido motivo plausible para litigar.

1.1.2. El hurto falta se encontraba penado en etapas de ejecución imperfecta

Corte de Apelaciones de Rancagua. 05 de octubre de 2004, Rol 115-2004

Rancagua, cinco de octubre de dos mil cuatro.

Vistos y considerando:

1.- Que el Ministerio Público recurre de nulidad, en primer término, por estimar que se ha configurado la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, por cuanto se habrían omitido en el fallo argumentos respecto del reconocimiento de hechos efectuado por el imputado lo que importaría infracción a la letra c) del artículo 342 del mismo Cuerpo Legal.

2.- Que de la sola lectura de la sentencia que se revisa se constata que en su segundo motivo se hace cargo de que el imputado aceptó los hechos. Ahora bien, una cosa es que esos hechos ocurrieran, que es lo único que puede admitir el imputado, y otra muy distinta cuál deba ser la calificación jurídica que a los mismos se asigne, lo que es labor jurídica, privativa del Tribunal, sin que se haya reclamado error de derecho a ese respecto.

3.- Que en segundo término, el Ministerio Público reclama la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en cuanto el fallo estima que el hurto imperfecto, por ser constitutivo de falta, carece de sanción en nuestra legislación, conclusión que el recurrente estima constitutiva de error de derecho.

4.- Que en efecto, el artículo 494 bis del Código Penal dispone expresamente que se sancionará también la falta frustrada y la tentativa, refiriéndose al hurto, de manera que la conclusión en contrario del fallador es sin duda errónea.

5.- Que la defensa sostuvo en estrados que no hay sanción legal que aplicar, porque el artículo 494 bis citado no la indica, y los artículos 50 y siguientes del Código Penal, que regulan la pena de los delitos imperfectos, rigen sólo para crímenes y simples delitos, con lo que al no poderse aplicar analogía contra el reo en materia criminal, se

queda el caso actual sin norma que regule la penalidad, lo que daría la razón al juez a quo, por simple aplicación del principio de legalidad..

6.- Que la tesis expuesta por la Sra. Defensora pasa por alto una circunstancia crucial: no son los artículos 50 y siguientes los que disponen que los delitos imperfectos sean punibles, sino que es el artículo 7, al cual hace expresa referencia el artículo 494 bis, todos del Código Penal. Con la sola disposición del artículo 7, el principio de legalidad llevaría sin más a castigar esas infracciones incompletas con la pena que en cada caso se estipule en la figura pertinente. Es decir, se aplicaría la misma pena que para el delito consumado. Las normas del párrafo cuarto del Título III Libro I del Cuerpo Legal señalado, lo que hacen es morigerar la sanción resultante, al dictar una regla especial de rebaja de penas para estos casos, a partir del castigo que originalmente se halle establecido en cada tipo, reservando la sanción completa sólo para el caso de delito consumado. La inexistencia de tales reglas, lejos de tornar impunes a los crímenes o simple delitos imperfectos, haría aplicables, sin rebaja, las sanciones que contemplara cada tipo, como ya se dijo. Así, las reglas de determinación de las penas para los delitos imperfectos, y en especial los artículos 50 y 51, no son disposiciones que perjudiquen a los imputados, sino que los favorecen, porque son normas que reducen la pena, frente a la disposición general del artículo 7, que en principio nos remite a la sanción de cada tipo en particular, al disponer sólo que sean punibles la tentativa y el delito frustrado.

7.- **Que, por lo tanto, es claro que el hurto falta frustrado o tentado es punible, porque así lo ordena en forma categórica el artículo 494 bis citado. Y para determinar la pena habrá de adoptarse una de dos posiciones: o bien considerar que si los artículos 50 y siguientes del Código Penal rigen sólo para crímenes y simples delitos, en este caso hay que aplicar la pena de la falta consumada, puesto que no hay regla especial de reducción, según se explicara en el motivo anterior; o bien, que los artículos 50 y siguientes son aplicables por analogía bonan partem, permitida al intérprete, ya que lo que se logra al utilizarles es reducir la pena resultante, y en consecuencia castigar con la pena de multa pertinente, en concordancia por lo demás con las normas adjetivas del procedimiento simplificado, cuando se han admitido los hechos. Esta segunda posición parece la acertada, pero sea como fuere, lo que no resulta dudoso es que no se podía absolver bajo pretexto de que la conducta no fuera punible, pues ello constituye un error de derecho.**

8.- **Que el error mencionado influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues resulta claro que ese es el único argumento en que se sustenta la absolución decretada, de forma tal que el recurso deberá ser acogido.**

Y visto además lo dispuesto por el artículo 358 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad intentado a fs. 6 y en consecuencia se anula la sentencia de siete de septiembre pasado contenida en el acta de fs. 1 a 5, y el juicio simplificado en que ella se dictara, retro trayéndose la causa al estado de procederse a una nueva audiencia de juicio simplificado, sobre la base del mismo requerimiento que consta a fs. 1, por parte del Juez de Garantía no inhabilitado que corresponda. Regístrese y devuélvase.

Corte de Apelaciones de Talca. 24 de septiembre de 2004, Rol 1771-2004

Considerandos Relevantes.

Talca, veinticuatro de septiembre de dos mil cuatro.

VISTO: A fojas cinco de esta carpeta se presenta don Nelson Paolo Riquelme Soto, Fiscal Adjunto de Linares, en causa RUC No 0400223700-3, interponiendo recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el Juzgado de Garantía de Linares de 16 de agosto de 2004, absolutoria del imputado Álvaro Roberto Díaz Fuentes. Funda el recurso en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, solicitando se invaliden el juicio oral en procedimiento simplificado y la respectiva sentencia definitiva absolutoria. Alega que el Ministerio Público presentó requerimiento simplificado en contra del imputado en calidad de autor de la falta de hurto, atendido a que el día 22 de junio de 2004, cerca de las 20:00 horas, este, en compañía de María Teresa Aravena Maureira, sustrajo con animo de lucro y sin la voluntad de su dueño, el Supermercado Santa Isabel, tres tarros de café marca Nescafé de 175 gramos, traspasando las cajas registradoras, siendo detenidos por los guardias, de dicho local. Sobre la base de estos antecedentes se solicitó una pena de 20 días de prisión en su grado medio y multa de una unidad tributaria mensual, más las costas de la causa. En el procedimiento simplificado el imputado admitió responsabilidad en los hechos, de manera que se expusieron los antecedentes que acreditaban la existencia de la falta y su participación, estableciendo el tribunal en el considerando SEXTO que: "Los hechos anteriormente descritos y que ocurrieron el día 22 de junio de 2004, configuran la falta de HURTO prevista en el artículo 494 bis del Código Penal, pues se encuentra acreditado que Álvaro Roberto Díaz Fuentes en compañía de Maria Teresa Aravena Maureira sustrajeron sin la voluntad de su dueño tres tarros de marca Nescafé, avaluados en la suma total de \$ 7.407, esto es que no excede de media unidad tributaria mensual, y que al momento de traspasar las cajas fueron sorprendidos por funcionarios del local del Supermercado Santa Isabel, en consecuencia la falta se encuentra en grado de frustrado." Respecto de la causal invocada, esto es, la de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, señala que según el artículo 494 bis, la sentencia no ha dado cumplimiento en su dictación a lo establecido expresamente en dicha norma, que es clara al señalar que se sancionará también la falta frustrada..., lo que constituye una excepción expresamente señalada en la ley, a las reglas generales que indican que las FALTAS sólo se sancionan cuando se encuentran en grado de consumadas, y que el legislador al establecer la expresión "también" ha plasmado en la misma disposición la pena aplicable, pues esa expresión de acuerdo a lo que establece el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en utilizada "para indicar la igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra ya nombrada", lo que debe interpretarse en el sentido de que la pena aplicable para estos casos, es también la establecida para los casos en que la falta se encuentre consumada, sanción establecida en la misma disposición. Reafirma lo anterior el hecho de que no se haya modificado el artículo 51 del Código Penal, pues esa modificación transformaría esta regla de excepción de la sanción de las faltas frustradas en una regla general. Expresa que está norma no va en contra del principio de legalidad, pues la descripción del hecho típico, y la sanción están expresamente establecida en la ley, y que si bien es cierto que la interpretación analógica no es aplicable en materia penal, si le son aplicables las demás reglas de interpretación, entre ellas la gramatical y lógica, y la interpretación útil de la disposición, pues al sostener la interpretación hecha por el Juez de Garantía, dicha disposición sería letra muerta, lo que iría en contra de lo que se estableció con la modificación al Código Penal, el sancionar el gran número de hurtos falta que se producían en establecimientos de este tipo, los cuales quedaban impunes, atendida la etapa de iter criminis en que se encontraban.

SEGUNDO: Que de la simple lectura del artículo 494 bis del Código Penal no cabe duda que se considera que el hurto falta puede presentarse en cualquiera de las situaciones a que se refiere el artículo 7 del Código Penal, al decir "conforme a las definiciones del artículo 7", disposición que señalando que son punibles los delitos consumados, frustrados y tentados, define cuando se está frente a alguna de esas alternativas.

TERCERO: Que el mismo artículo en su inciso primero indica que los autores de hurto falta se castigarán con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales. Una interpretación sistemática de dicha norma hace concluir, necesariamente, que el artículo 494 bis del Código Penal es una norma especial que rompe la regla general contenida en el artículo 9 del Código Penal, en cuanto a que las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas. En efecto, la regla general, contenida en dicha disposición, sanciona las faltas sólo cuando están en grado de consumadas, pero el inciso final del artículo 494 bis ya mencionado constituye una excepción a esa regla general castigando, además, esta falta en cualquiera de los grados de perpetración en que se encuentre.

QUINTO: Que el inciso final del artículo 494 bis citado, señala "se sancionará también la falta frustrada y la tentativa...". La palabra "también" de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua se usa para indicar igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra ya nombrada, significando, además, tanto así.

SEXTO: Que por consiguiente el mencionado inciso señala que "se sancionará igualmente o de igual manera, o "en forma semejante" al hurto consumado cuando esté en grado de frustrado y tentativa. Por ende el artículo 494 bis del Código Penal, sanciona de la misma forma el hurto falta en cualquiera de los grados en que se ejecute. Conforme, nuevamente, a una interpretación sistemática de las normas, esto es, recurriendo al espíritu general de la legislación aplicable en la especie, relacionando el artículo 494 bis del Código Penal con las demás disposiciones señaladas, nos permite arribar a la conclusión antes descrita.

OCTAVO: Que de consiguiente el Juez ha efectuado una errónea aplicación del derecho al dar al artículo 494 bis del Código Penal una interpretación equivocada a su sentido gramatical, sistemático y lógico, configurándose la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, lo que amerita la anulación de la sentencia y de la audiencia de requerimiento.

Conforme a lo razonado y lo dispuesto en los artículos 297, 373 letra b), 384, 386 y 399 del Código Procesal Penal, se ACOGE el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público a fojas 5 y, consecuentemente, se declara NULA la sentencia de dieciséis de agosto de este año que se lee de fojas 3 a 4 de la carpeta y, también nula la audiencia previa, debiendo retrotraerse la causa al estado de efectuar la audiencia de requerimiento ante juez no inhabilitado que corresponda, todo ello sin costas.

Acordada contra el voto del Presidente de la Segunda Sala, Ministro don Rodrigo Biel Melgarejo, quien estuvo por rechazar el recurso de nulidad atendida las siguientes consideraciones:

1º.- Que el significado de la palabra "también" que se contiene en el inciso final del artículo 494 bis del Código Penal no puede tener otro sentido que señalar que de igual manera se castiga la falta, sea que se encuentre en grado de consumado, de frustrado o tentativa, sin que ello pueda hacerse extensivo a la sanción señalada en el inciso primero de dicho artículo y menos aplicar el procedimiento sancionatorio de los artículos 50 y siguientes del Código Penal.

2º.- Que, en efecto, una interpretación extensiva de ese alcance para "proteger el bien jurídico" significaría como lo expresa Politoff, en su obra Derecho Penal, página 132, "un quebrantamiento de las reglas legales de interpretación y una violación de la prohibición de la analogía".

3º.- Que no resulta posible reparar por la vía jurisdiccional los errores de técnica legislativa, tanto mas cuando en materia penal se aplica el apotegma "in poenis strictissima est interpretatio", esto es, que en materia de aplicar sanciones penales se impone una interpretación estricta, puesto que de otra manera se infringe el principio de legalidad.

4º.- Que, en consecuencia, el juez recurrido ha interpretado correctamente el derecho y, por ende, no se ha configurado el vicio señalado por el recurrente. Se previene que el señor Fiscal Judicial concurre al voto de mayoría teniendo, además presente, lo dispuesto en el artículo 61 del Código Penal.

Redacción del Presidente de la Segunda Sala Ministro don Rodrigo Biel Melgarejo. Insértese en el acta respectiva. Regístrese y devuélvase. Rol N° 1771-2004.

1.2. Diversos criterios jurisprudenciales para determinar el momento de la consumación del delito de hurto en supermercados

1.2.1. La esfera de resguardo de la víctima se rompe al traspasarse la línea de cajas de un establecimiento

Corte Suprema. 16 de junio de 2004, Rol 1611-2004

Considerandos relevantes:

Considerando:

1º) Que el recurso de nulidad entablado por el Ministerio Público esgrime como causal la señalada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, que en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ello en relación al artículo 376 inciso 3º del mismo texto, que le da competencia a este Tribunal para conocer del recurso al haber sentencia con interpretaciones contrapuestas, en este caso de la Corte de Apelaciones de Valparaíso y de Valdivia. Denuncia como infringidos los artículos 7, 432 y 494 N° 2 del Código Penal al considerar la sentencia recurrida que el hurto falta

materia de la causa se encontraba frustrado y no consumado. Sostiene que el elemento apropiación determina si el delito se encuentra o no consumado, asevera que si un individuo esconde una cosa mueble en sus vestimentas o en su equipaje con ese sólo acto lo extrae de la esfera de custodia de la víctima, más aún si traspasa las cajas registradoras y sale del local, como lo reconoce en los hechos que ha aceptado el imputado. Tal conducta debió haberse estimado como consumada y en consecuencia debió haberse condenado. Finaliza el recurso solicitando anular el juicio y la sentencia impugnada, determinando el estado del procedimiento en que debe quedar y el Tribunal no inhabilitado que deba conocer del nuevo juicio.

4º) Que la cuestión a dilucidar es si la conducta del imputado se consumó o sólo llegó a una etapa de frustración. Para ello es conveniente puntualizar que el legislador, para los efectos de sancionar un delito considera diversas etapas en su desarrollo. Así es como el artículo 7º del Código Penal ha definido lo que se entiende como tentativa, y en lo que interesa, ha dicho que en la frustración el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito de consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad. En cuanto al delito consumado la ley no lo ha definido, tan sólo en el inciso final del artículo 50 del mismo Código señala que la pena asignada a un delito se impone al delito consumado. De lo dicho tendrá que convenirse que la consumación es la etapa superior del iter criminis ya que ella se produce cuando la acción típica corresponde al resultado esperado y que la ley ha prohibido u ordena con la consumación, la hipótesis de hecho contenida en la ley se convierte en realidad (Labatut, Dº Penal, T1, pág. 190, 9º ed.) y como dice el mismo autor, el delito consumado se realiza tanto subjetivamente para el hechor, como objetivamente para la víctima, es decir, se han cumplido no sólo los requisitos de la descripción legal, sino que también su parte objetiva, subjetiva y la lesión del bien jurídico protegido. Así en el caso del delito de hurto la consumación se produce cuando el sujeto incorpora, con ánimo de señor y dueño a su esfera de cuidado la especie ajena, es decir, desposee o saca el objeto de la esfera de poder del dueño.

5º) Que en la especie la sentencia recurrida ha fijado como hecho de la causa que el requerido ocultó dentro de sus vestimentas un sujetador de menisco especie evaluada en la suma de \$3.960 pesos, para luego de traspasar las cajas registradoras sin cancelar su valor comercial y salir de dicho local, momento en que fue sorprendido por el guardia de seguridad de dicho establecimiento Juan Guajardo Sánchez, quien lo retuvo y entregó a Carabineros.

6º) Que tanto el recurso del Ministerio Público como el libelo de adhesión de la víctima insisten que la acción de apropiación se produjo fuera de la esfera de resguardo de la víctima, toda vez que en un supermercado, la manifestación de voluntad de autor de hurto se manifiesta por la inmediatez del cliente con la mercadería en el recinto, que en este caso, al haber ocultado la especie entre sus ropas hubo un principio de ejecución y un ánimo de apropiarse de la especie. **Tales afirmaciones no se condicen precisamente en este tipo de comercio, en que sólo se adquiere legítimamente el producto una vez que se cancela al traspasar las cajas registradoras, pues es posible que un sujeto guarde la especie en su bolsillo, pero al traspasar las cajas cancela su importe, es decir, dentro del recinto donde se expone la mercadería no es posible presumir que se pueda consumir una apropiación,** al no darse los presupuestos del delito consumado, que como se ha dicho, en este tipo de delitos son para el hechor comportarse como propietario de la especie y para la víctima que haya salido de su esfera de resguardo.

7º) Que la infracción se produce al traspasar las cajas registradoras sin cancelar el valor de la especie, en consecuencia, hasta antes de ese momento sólo había una mera tenencia de la especie y no una posesión como señor y dueño, la que en el caso sub-lite, fue interrumpida por el guardia de seguridad que impidió se perfeccionara el ilícito al ver que el imputado traspasaba las cajas sin cancelar su valor, es decir, con su intervención frustró el delito, no dando pábulo al delincente para actuar como señor y dueño.

8º) Que por las consideraciones anteriores, la sentencia en contra de la cual se recurre se ha dictado de conformidad a la ley, por lo que no existe error de derecho susceptible de ser atacado por este recurso de nulidad.

Y visto las disposiciones legales citadas y además a lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 inciso 3º, 384 y 399 del Código Procesal Penal, se **rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público** y la adhesión a dicho recurso interpuesto por la defensa de la víctima Jumbo S.A. en contra de la sentencia del Juez de Garantía de Viña del Mar de fecha doce de abril del presente año que se lee a fojas 17 de estos antecedentes, la que no es nula. Redacción del abogado integrante Emilio Pfeffer Pizarro.

Regístrese y devuélvase. **Rol N° 1611-04.**

Corte Suprema. 20 de diciembre de 2005, Rol 5125-2005

Considerandos relevantes.

Santiago, veinte de diciembre de dos mil cinco.

Vistos y oído:

Se ha seguido esta causa RUC 0500459997-9, RIT 1318-2005 ante la Jueza de Garantía doña María Angélica Rosen López del 11º Juzgado de Garantía de Santiago en procedimiento simplificando en contra de Julissa Amelia Oyanedel Aguilar, absolviéndola del cargo de ser autora de hurto frustrado perpetrado el día 25 de septiembre de 2005 en esta ciudad en perjuicio de Supermercados Jumbo, mediante sentencia de fecha veintiséis de septiembre del presente año, que se lee a fojas 3 y siguientes de estos antecedentes.

PRIMERO.- Que tanto el recurso de nulidad entablado por el Ministerio Público a fojas 26 y siguientes como en la adhesión a éste de fojas 49 efectuada por el abogado Oscar Gajardo, en la representación ya indicada, se esgrime como causal la señalada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, que “en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, ello en relación al artículo 376 inciso 3º del mismo texto, que le da competencia a este Tribunal para conocer del recurso al haber sentencia con interpretaciones contrapuestas, en este caso de la Corte de Apelaciones de San Miguel en causa Rol N° 18-2005, de Valdivia en causa Rol N° 151-2005 y de Santiago en causa Rol N° 27-2005;

SEGUNDO.- Que se denuncia como infringidos los artículos 7, 432 y 494 bis del Código Penal, al considerar la sentencia recurrida que el hurto falta materia de la causa se encontraba frustrado y no consumado, desconociendo los hechos aceptados por la

propia imputada quien reconoció haber sido detenida una vez que había pasado por las cajas sin pagar las especies, en la puerta de salida del supermercado, esto es, después de haber roto la esfera de custodia del supermercado y creado una propia y clandestina sobre las especies. Se sostiene que lo que lo hace el tribunal en su sentencia es, reconocer que los hechos se han acreditado como constitutivos de la falta de hurto, pero se equivoca al asimilar la consumación del delito, es decir, la ruptura de la esfera de custodia primitiva y la constitución de una nueva esfera por el sujeto activo, con la posibilidad de disposición de carácter civilista, como una de las facultades o atributos del dominio, en circunstancias que la posibilidad de comportarse como señor y dueño inclusive pudo darse antes de traspasar las cajas, por ejemplo, al consumir el producto al interior del supermercado, sin que por ello se consuma el delito, sino hasta que se extinga la posibilidad del hechor de adquirir de manera legítima la cosa y constituir una esfera de resguardo clandestina sobre la misma, esto es, después de pasar por las cajas y no pagar el producto.

OCTAVO.- Que en el caso de autos, admitiendo responsabilidad en los hechos por parte de la inculpada, la sentencia recurrida ha tenido como establecido que “el día 25 de septiembre de 2005, aproximadamente a las 13:00 horas, la imputada ingresó al Supermercado Jumbo ubicado en Llano Subercaseaux N° 3519 de la comuna de San Miguel, para sustraer desde su interior dos sostenes y una camiseta, con un valor total de trece mil setecientos setenta pesos (\$13.770.-), especies que ocultó entre sus vestimentas pasando por la caja registradora sin cancelar su importe, siendo sorprendida al abandonar el supermercado y en la puerta de acceso al mismo y detenida por un guardia de seguridad”;

NOVENO.- Que el recurso del Ministerio Público insiste en que la acción de apropiación se consuma tan pronto se transponen las cajas, por lo que se hace necesario traer a colación lo que ya en reiteradas ocasiones esta Corte ha pronunciado al respecto: **“Que la infracción se produce al traspasar las cajas registradoras sin cancelar el valor de la especie, en consecuencia, hasta antes de ese momento sólo había una mera tenencia de la especie y no una posesión como señor y dueño, la que en el caso sublite, fue interrumpida por el guardia de seguridad que impidió se perfeccionara el ilícito al ver que el imputado traspasaba las cajas sin cancelar su valor, es decir, con su intervención frustró el delito, no dando pábulo al delincuente para actuar como señor y dueño.”;**

DECIMO.- Que en atención a lo anteriormente considerado baste para llegar a la conclusión que la sentencia impugnada se ha dictado de conformidad a la ley, por lo que no existe error de derecho susceptible de ser atacado por el recurso de nulidad intentado por el Ministerio Público y adherido por el abogado Oscar Gajardo Uribe, quien actúa en representación de Cencosud Supermercados S.A.

Y visto las disposiciones legales citadas y además a lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 inciso 3°, 384 y 399 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia del Juez del 11° Juzgado de Garantía de Santiago de fecha veintiséis de septiembre del presente año que se lee a fojas 3 y siguientes de estos antecedentes, la que no es nula.

Corte de Apelaciones de San Miguel. 22 de julio de 2005, Rol 18-2005

Considerandos Relevantes.

San Miguel, veintidós de julio de dos mil cinco.

VISTOS: En los autos RIT N° 10-2005, RUC N° 0500234863-4 del Décimo Quinto Juzgado de Garantía de Santiago, sobre procedimiento simplificado, con fecha 20 de junio pasado se absolvió a BERENICE DEL CARMEN BECERRA ZURA, del cargo formulado por el Ministerio Público de ser autora del delito de hurto-falta previsto en el artículo 494 bis del Código Penal, en perjuicio del Supermercado Alvi, perpetrado el 19 de Junio de 2005, en la comuna de La Pintana de esta ciudad.

En contra de dicho fallo la Sra. Fiscal Adjunto, de la Fiscalía Metropolitana Sur del Ministerio Público, dedujo recurso de nulidad por los fundamentos y causales que se describirán más adelante, el que fue declarado admisible por esta Corte de Apelaciones el 12 de julio en curso, realizándose con esa misma fecha ante este Tribunal la audiencia respectiva para conocer de aquel. En estrados se presentó la Fiscal Sra. Marcela García por el recurso y el Sr. Marco Montero por la Defensoría Penal Pública, quién se opuso a la nulidad planteada. Se citó para la lectura del fallo a la audiencia del día 22 de julio de 2005.

PRIMERO: Que el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público se funda en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 376 y 399 del mismo texto, e invoca dos órdenes de razones. La primera, por calificar erróneamente el grado de ejecución del delito, estimando la falta como frustrada, en tanto que se trataría de una de carácter consumada, capítulo en el cual no se consignan las disposiciones legales específicamente infringidas (invocándose sólo de modo general y en la audiencia los artículos 432 y 494 bis del Código Penal). Y, una segunda objeción, al señalar que el Tribunal de Garantía erró en su estimación de que el delito de hurto falta frustrado no está sancionado penalmente, aspecto en el que se denuncia la transgresión de los artículos 7 y 494 bis inciso final del Código Penal, ó los artículos 51 o 52 del mismo texto.

TERCERO: Que, enseguida, explica el escrito y se reiteró en la audiencia, que el legislador en el artículo 494 bis del Código Penal, introducido por la Ley N° 19.950, ha manifestado claramente su voluntad de castigar el hurto falta frustrado o tentado, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 del mismo Código, desde el momento que se utilizó en la primera de las normas citadas la expresión también, refiriéndose a la forma en que deben sancionarse los modos imperfectos de comisión en relación al delito consumado, esto es aludiendo a la penalidad como a su cuan tía, sin que fuere obstáculo lo dispuesto en el artículo 9 del Código sustantivo, pues la norma modificatoria es una de rango especial y excepcional. Adiciona el recurso, por último, que ello sucede igualmente aún de aplicarse lo reglado en los artículos 51 y 52 del mismo cuerpo legal, situación en que el hurto falta es igualmente punible. Interpretaciones todas que se condicen con el elemento histórico de la Ley, pues fue su intención reprimir este tipo de faltas con detrimento comercial;

CUARTO: Que la recurrente entiende que los errores observados han influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, porque satisfecha la carga procesal pertinente debió avanzarse en la dictación de una sentencia condenatoria, que era lo pertinente en derecho, y que precisamente no realizó el Tribunal a quo.

SÉPTIMO: Que el delito de hurto consiste en la apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrarse y sin que concurran la violencia o intimidación en las personas, ni ciertas formas de fuerza en las cosas (Alfredo Etcheberry. Derecho Penal. Parte Especial, tomo III, página 295) y su consumación se produce al decir de la doctrina en momentos que el delincuente se encuentra en la posibilidad de ejercer esta facultad (de disposición) cuando logra estar en condiciones de disponer de la cosa ajena; no es suficiente sacar la cosa de la esfera de protección o vigilancia del dueño, sino además estar en condiciones de disponer de ella, siquiera por un instante (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, tomo IV, página 166). A su vez, el profesor Etcheberry (obra citada página 297) explica que apropiarse significa de hecho el poder de usar, gozar y disponer de la cosa, poder que no puede adquirirse mientras la cosa permanezca en la esfera de custodia o resguardo de su titular, aunque se le cambie de sitio. Asimismo, prosigue este autor el concepto de esfera de custodia es abstracto y su extensión puede variar de acuerdo a las circunstancias refiriéndolo luego a los límites de una casa (edificación), o a un automóvil, o a las ropas de un individuo (página 298).

DÉCIMO: Que de este modo, al calificar la Sra. Juez de Garantía los sucesos fijados como el hurto falta descrito en el artículo 494 bis, en relación al artículo 432, ambos del Código Penal, en grado de frustración, por no extraer la imputada las especies fuera de la esfera de resguardo de su propietario, no ha podido transgredir las normas precitadas, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 7 del cuerpo legal enunciado que describe precisamente la frustración como aquella que se produce cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes a su voluntad;

UNDÉCIMO: Que este predicamento fue ya acogido por la jurisprudencia de nuestra Excma. Corte Suprema en fallo de 17 de junio de 2004, cuando expresa que **la infracción se produce al traspasar las cajas registradoras sin cancelar el valor de la especie, en consecuencia, hasta antes de ese momento solo había una mera tenencia de la especie y no una posesión como señor y dueño, la que en el caso sub lite fue interrumpida por el guardia de seguridad que impidió se perfeccionara el ilícito al ver que el imputado traspasaba las cajas sin cancelar su valor, es decir, con su intervención frustró el delito**, no dando pábulo al delincuente para actuar como señor y dueño (recaído en los autos rol N° 1630-2004 de ese Tribunal y también existe el pronunciamiento de la Excma. Corte Suprema el 16 de junio de 2005 en los autos rol N° 1611-2004);

DÉCIMO OCTAVO: Que por lo razonado precedentemente, no se divisa la presencia de las infracciones denunciadas; todo lo que lleva a desestimar la pretensión que persigue la abrogación del fallo objetado. Por estas consideraciones y lo prevenido en la normativa citada y artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto por la Sra. Fiscal Adjunto de la Fiscalía Metropolitana Sur en representación del Ministerio Público, en contra de la sentencia dictada por el Décimo Quinto Juzgado de Garantía de Santiago, el veinte de junio de dos mil cinco, en los autos RIT N° 10-2005, RUC N° 0500234863-4.

Corte de Apelaciones de Temuco. 21 de noviembre de 2006, Rol 1113-2006

Considerandos relevantes:

Temuco, trece de noviembre de dos mil seis.-

VISTOS: Consta de los antecedentes remitidos por el Juzgado de Garantía de Temuco que ha comparecido a fs. 5 el defensor penal público abogado Jaime López Allendes, por el imputado ALEX SOTO RAIO, recurriendo de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada en causa RUC N° 0600691314-6 y RIT N° 5639-2006, de fecha uno de octubre último, fundado en la causal del Art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, errónea aplicación del derecho que influyó substancialmente en lo dispositivo del fallo . Consta del acta de la audiencia de veinticuatro de octubre último, rolante a fs. 16, que se procedió a la vista de la causa con la presencia de la defensa y del representante del Ministerio Público.

1.- Que la defensa del acusado funda su recurso en la causal de la letra b) del Art. 373 del Código Procesal Penal, esto es, que en el pronunciamiento de la sentencia se hizo una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en su parte dispositiva, y que hace consistir en que su defendido fue condenado a la pena de cien días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y multa, como autor del delito consumado de hurto de especies en perjuicio de la Tienda Corona, estimando que el delito se encuentra en grado de frustrado al ser detectado por los guardias de seguridad, y aunque sacó las especies de la esfera de protección del dueño, no estaba en condiciones de disponer de ellas, por lo que conforme a los arts. 7, 50 y 51 del Código Penal, debió ser castigado con una pena inferior en un grado a la que corresponde al delito consumado. Por lo anterior, pide se anule la sentencia y se dicte una de reemplazo, condenando a su representado a la pena de prisión en su grado máximo.

3.- Que tales hechos "que no pueden ser variados por este tribunal ad-quem- fueron correctamente calificados por la juez a-quo como constitutivos del delito de hurto en grado de consumado, como quiera que **el hechor retiró las especies de la esfera de resguardo del dueño, la que en el caso de las tiendas comerciales está constituida por las cajas registradoras y paneles de seguridad**. Por tanto, resulta indiferente para determinar el grado de desarrollo del delito que el autor del mismo no haya podido disponer de las especies sustraídas, por cuanto ello no corresponde a su consumación, sino al agotamiento del ilícito penal, fase ésta posterior a aquella, y sea que se verifique o no, igualmente permite tener por consumado el delito por haberse realizado todos los actos necesarios para ello;

4.- Que sigue de lo anterior que en el presente proceso no ha existido error de derecho alguno en el fallo impugnado, por lo que no se estimará el recurso, como se dirá en lo resolutive.

Por estas consideraciones, y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 375, 376 y 384 del Código Procesal Penal, se declara SIN LUGAR el recurso de nulidad interpuesto a fs. 2 por el defensor penal público abogado Jaime López Allendes en favor del imputado ALEX SOTO RAIO, y en contra de la sentencia definitiva ya individualizada.- Regístrese y dése a conocer a los intervinientes en la audiencia fijada al efecto, sin perjuicio de su notificación por el estado diario; hecho, devuelvan se los antecedentes.- Redacción del Ministro señor Leopoldo Llanos Sagristá.- Rol N° 1113-2006.RPP PRONUNCIADA POR LA I CORTE 1° SALA Presidente Ministro Sr. Héctor Toro Carrasco, Ministro Sr. Julio César Grandón Castro y Ministro Sr. Leopoldo Llanos Sagristá. En Temuco, a trece de noviembre de dos mil seis, notifiqué por el estado diario la resolución que precede.

1.2.2. La esfera de resguardo de la víctima no se rompe al traspasarse la línea de cajas de un establecimiento

Corte de Apelaciones de Concepción. 11 de junio de 2004, Rol 200-2004

Considerandos relevantes:

Concepción, once de junio de dos mil cuatro.

VISTO:

Este proceso RUC 0400056470-8 y Rol Interno 742-2004 del Juzgado de Garantía de Concepción, seguido en contra de Juan Paulo Torres Pascal, domiciliado en 1º Longitudinal 880, Boca Sur, en Concepción, se ha elevado a esta Corte para conocer del recurso de nulidad deducido por el Fiscal Adjunto de Concepción don Álvaro Pedro Hermosilla Bustos, en contra de la sentencia pronunciada por la Juez doña Erica Pezoa Gallegos, de 3 de mayo de 2004, por la cual absolvió al imputado del requerimiento efectuado por el Ministerio Público que le atribuía ser autor de un hurto falta de especies, de propiedad del Supermercado Líder, perpetrado el 13 de febrero de 2004. La recurrente fundó el recurso en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, expresando que en el fallo, al calificarse los hechos establecidos sólo como constitutivos de un hurto falta de especies en grado de tentativa, en circunstancias que el ilícito se consumó, se hizo una errónea aplicación de normas jurídicas que influyó sustancialmente en lo dispositivo de él, toda vez que haciendo uso de lo dispuesto en los artículos 7 y 9 del Código Penal, absolvió al imputado, a pesar de que el agente sustrajo especies que ocultó bajo sus vestimentas y traspasó la línea de cajas registradoras del supermercado, de manera que las especies salieron de la esfera de custodia del dueño pasando a la del hechor, etapa que se produce cuando el imputado esconde bajo sus vestimentas las especies, con lo que demuestra de manera inequívoca su deseo de apoderarse de las especies muebles sin la voluntad de su dueño, y pasa la línea de las cajas registradoras, momento en que las cosas objeto del delito han salido de la esfera de custodia del supermercado y han pasado a la órbita de resguardo de un tercero. Termina pidiendo se acoja el recurso, anulando el juicio y la sentencia impugnada, determinando el estado de procedimiento en que debe quedar la causa, ante el tribunal no inhabilitado que corresponda para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral, fijando día y hora para tal efecto. Habiéndose concedido el expresado recurso y estimándose admisible, esta Corte fijó para la audiencia pública destinada a la vista de la causa, el día 31 de mayo de 2004, audiencia que se efectuó con la intervención del Fiscal Adjunto del Ministerio Público don Álvaro Hermosilla Bustos y del abogado Defensor Público Penal por el imputado, don Christian Ríos Coles. Concluido el debate, quedó en acuerdo el asunto, y los comparecientes fueron citados por la señora Presidenta de la Sala para la audiencia del día 11 de junio del presente año, a las 9.00 horas, para la lectura del fallo.

1. Que el recurso de nulidad deducido por el señor Fiscal Adjunto don Álvaro Pedro Hermosilla Bustos lo basa en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, manifestando que la Juez de Garantía realizó una errada aplicación del derecho, que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que debiendo condenar al imputado, lo absolvió. Esto, porque los hechos establecidos, a diferencia de lo que la juez consideró, dice, son constitutivos de un hurto falta consumado.

3. Que, en esta inteligencia, para acoger o rechazar el recurso, es menester determinar, al tenor de lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 360 del Código Procesal Penal, si estos hechos configuran o no el delito de hurto falta en grado de consumado, como lo afirma la Fiscalía.

4. Que uno de los elementos del delito de hurto es la apropiación de una cosa ajena. Se ha expresado en la doctrina que la apropiación consiste en el apoderamiento de la cosa con ánimo de señor y dueño para conservarla o aprovecharse de ella (concepto de Gustavo Labatut Glens, citado por Sergio Soto Reveco en “El delito de robo con violencia o intimidación en las personas”, Editorial Universitaria, 1958, Memoria de Prueba, página 19). Don Raimundo del Río C. ha dicho, asimismo, que el término apropiación debe considerarse como el hecho de tomar materialmente el agente la cosa, con ánimo de señor y dueño, para conservarla en su poder y aprovecharse de ella (en Derecho Penal, Tomo III, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1935, página 425). En suma, la acción de apropiación puede ser definida como sustraer una cosa de la esfera de resguardo de una persona, con el ánimo de comportarse de hecho como propietario de ella (Jaime Vivanco Sepúlveda, en su obra El delito de robo con homicidio, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1957, Memoria de Prueba, página 19).

10. Que conforme a lo razonado, **no puede sostenerse que al ocultar el imputado las mercaderías entres sus vestimentas y haya traspasado el lineal de las cajas registradoras sin pagarlas, la apropiación de las especies hubiere estado consumada por haber salido ya de la esfera de custodia o resguardo del establecimiento. Es evidente que la actuación de los guardias de seguridad evitó la consumación de la apropiación**, que es la finalidad que, naturalmente, persigue. Tampoco es posible soslayar que el imputado no salió del recinto del supermercado y las cosas permanecieron siempre en la esfera de custodia y resguardo de su titular, aun cuando haya cambiado de sitio. Por lo demás, el imputado fue detenido en el interior del local, sin alcanzar a estar en situación de aprovechar la cosa y ni el dueño perdió el poder sobre ella.

12. Que por lo que se ha venido reseñando, al no considerar consumado el hurto falta atribuido al imputado, absolviéndolo, la falladora no infringió ni hizo una errónea aplicación de los artículos 7 y 9 del Código Penal, acorde con los cuales las faltas se castigarán sólo cuando han sido consumadas.

Por estas reflexiones y lo preceptuado en los artículos citados en lo considerativo y 45, 47, 372, 376, 378 y 383 del Código Procesal Penal, se declara que SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Adjunto señor Álvaro Pedro Hermosilla Bustos, por el cual pretendía se anulara el juicio y la sentencia impugnada de 3 de mayo de 2004, que se lee de fojas 12 a 16 de estos antecedentes, actuaciones que, por lo mismo, se mantienen. No se imponen las costas del recurso al Ministerio Público, por haber tenido, en concepto de estos sentenciadores, motivos plausibles para formularlo. Léase en la audiencia del día de hoy. Insértese en el acta correspondiente. Regístrese y devuélvase. Redacción del Ministro señor Juan Clodomiro Villa Sanhueza. Rol 200-2004.

1.2.3. La esfera de resguardo de la víctima es más amplia que la línea de cajas de un establecimiento

Juzgado de Garantía de Santiago. 29 de marzo de 2006, Rit 3299-2006.

Considerandos relevantes:

PRIMERO: Que, el Ministerio Público, ha formulado requerimiento en juicio simplificado en contra de Claudia Fabiola Piñones Quintuman, ya individualizada, fundado en que es autora del delito de hurto simple previsto y sancionado en el artículo 446 N° 3 de Código Penal, en perjuicio de la tienda La Polar ubicada en Avenida Libertador Bernardo O`higgins N° 2812 comuna de Santiago, hecho ocurrido el día 29 de marzo del año en curso, alrededor de las 18:00 horas en circunstancias que fue sorprendida saliendo de la tienda sin cancelar una polera marca Efeis, la que es avaluada en la cantidad total de \$17.900 pesos. Pide sea condenada al pena de 200 días de presidio menor en su grado mínimo, multa a beneficio Fiscal de 5 Unidades Tributarias Mensuales, accesorias legales y costas de la causa.

TERCERO: Que, los hechos narrados en esta audiencia, y que ésta juez ha tomado conocimiento en forma directa, apreciados de conformidad a las normas de la sana crítica contempladas en los artículos 295 y 297 del Código Procesal Penal, la impresionan más allá de toda duda razonable, que efectivamente nos encontramos frente al delito de Hurto como lo señaló el Ministerio Público en su exposición. Pero en lo que respecta a la modalidad del delito, esta juez discrepa del iter criminis o grado de comisión del mismo, toda vez que el Ministerio Público lo requirió por un delito en calidad de consumado, estimando esta Jueza que el ilícito que nos ocupa es frustrado.

CUARTO: Que, la declaración del propio funcionario aprehensor, el guardia José Antonio Díaz Peralta, dice que se encontraba realizando sus labores como guardia de seguridad en el acceso de la Tienda Comercial La Polar, momentos en que la imputada sobrepasó las cajas de pagos y sistemas de seguridad, activándose los sensores, procediendo él a registrarla y detenerla. Si vemos el tipo penal hurto está en el artículo 432 del Código Penal, "el que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse, se apropia de cosa o mueble ajena". Se puede apreciar que el tipo penal son; apropiación, ánimo de lucro, es decir nos encontramos con un elemento subjetivo, el ánimo de señor y dueño, tiene que ir con un elemento objetivo, que es sustraer la cosa de lo que se ha llamado "la esfera de resguardo" del dueño o propietario de la cosa. La gran discusión que existe en este momento es hasta donde se prolonga la esfera de resguardo de legítimo dueño o titular del derecho. El Código Penal fue dictado en 1879, en esa fecha y a comienzos del siglo XX, el titular tenía propiedad de las cosas que se encontraban dentro de su casa y así se estableció el robo destinado a la habitación, robo en lugar habitado, robo en lugar no habitado, por que se entendía que la esfera de resguardo era un límite físico, sin embargo **con los avances de la tecnología, de la cibernética y de las formas de comercio, en los que surgen los Mega Centros Comerciales, en los cuales la mercadería es expuesta al público para que circule libremente entre los estantes, el propietario ha establecido mecanismos de resguardo electrónicos (cámaras de vigilancia, monitoreo radial, sensores de seguridad y guardias), que son sistemas en los cuales el dueño todavía mantiene el control y por ende la extensión de su esfera de resguardo. La Línea de cajas es el 1º control, los monitoreos que tienen en las multitiendas, que van a dar a una central de cámaras son el 2º control, las paletas sensoras de seguridad, 3º control y los guardias de seguridad que son alertados por radio móvil, de las señas particulares y físicas de la persona son el último control.** Aquí nos encontramos frente a lo que el autor Michel

Foucault denomina en su libro "Vigilar y Castigar" el Estado Panóptico, es decir el ciudadano actúa siendo vigilado en todo momento por el poder central sin saber que está siendo vigilado, de tal manera que el poder o la esfera de resguardo donde el dueño tiene un poder, se transforma en un poder simbólico puesto que siempre mantiene el dominio de las cosas y el autor del delito solamente tiene una ficción de que él se apropia de las cosas, cuando jamás lo ha sido, toda vez que este panoptismo jamás ha hecho perder el control de la propiedad del dueño, de tal manera, que jamás se ha roto la esfera de resguardo, así la imputada no pudo disponer del bien un instante siquiera, por que ella desconocía que este efecto panóptico la estaba siguiendo. De tal manera que nos encontramos ante un tipo penal frustrado, porque el delincuente pone todo de su parte para que el delito de consuma, y este no se verifica por causas ajenas a su voluntad, que en éste caso sería el permanente monitoreo y posterior detención

Por todas estas consideraciones y vistos además lo dispuesto en los artículos 1, 3, 7, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 30, 51, 69, en relación con los artículos 446 N° 3 y 432 del Código Penal, artículos 295 y 297 sobre valoración de la prueba, artículos 395 y 396 y demás pertinentes del libro IV, título I del Código Procesal Penal, se declara:

I. Que, se condena a CLAUDIA FABIOLA PIÑONES QUINTUMAN, ya individualizada, en su calidad de autora del delito de Hurto Simple frustrado en perjuicio de Tienda La Polar, hecho ocurrido el día de ayer, en la comuna de Santiago, a la pena de 41 día de prisión y a las accesorias de suspensión de todo cargo u oficio público mientras dure el condena.

II. Que, no se le conceden ningún beneficio alternativo al cumplimiento de la pena por no cumplir ninguno de los requisitos de la Ley 18.216, debiendo cumplir esta pena de manera corporal, debiendo abonársele los dos días que ha permanecido privada de libertad con motivo u ocasión de esta causa.

III. Que, se le exime del pago de las costas de la causa en razón de la manera en que se determinó su responsabilidad en estos hechos, renunciando al juicio oral, público y contradictorio, ahorrándose costos al Estado.

1.2.4. La facultad de disposición de la cosa es indiferente para determinar la consumación del delito de hurto

Corte de Apelaciones de Temuco. 21 de noviembre de 2006, Rol 1113-2006

Considerandos relevantes:

1.- Que la defensa del acusado funda su recurso en la causal de la letra b) del Art. 373 del Código Procesal Penal, esto es, que en el pronunciamiento de la sentencia se hizo una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en su parte dispositiva, y que hace consistir en que su defendido fue condenado a la pena de cien días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y multa, como autor del delito consumado de hurto de especies en perjuicio de la Tienda Corona, estimando que

el delito se encuentra en grado de frustrado al ser detectado por los guardias de seguridad, y aunque sacó las especies de la esfera de protección del dueño, no estaba en condiciones de disponer de ellas, por lo que conforme a los arts. 7, 50 y 51 del Código Penal, debió ser castigado con una pena inferior en un grado a la que corresponde al delito consumado. Por lo anterior, pide se anule la sentencia y se dicte una de reemplazo, condenando a su representado a la pena de prisión en su grado máximo.

2.- Que los hechos del requerimiento en procedimiento simplificado y respecto de los cuales admitió responsabilidad el encausado, consistieron, según el considerando primero de la sentencia recurrida, en los siguientes: "que el día 30 de septiembre de 2006 a las 17 horas, el imputado ingresó a la Tienda Corona de calle Portales 1028 de esta ciudad y desde su interior sustrajo un par de zapatillas marca Reebok, color rojo y un par de zapatillas, marca Adidas, color rojo, valuadas en la suma total de \$ 67.980 pesos, haciendo abandono del local con las especies puestas, y las otras las llevaba entre sus vestimentas, habiendo traspasado las cajas registradoras de dinero y paneles de seguridad de la tienda sin haber cancelado el valor de las mismas.

3.- Que tales hechos "que no pueden ser variados por este tribunal ad-quem-fueron correctamente calificados por la juez a-quo como constitutivos del delito de hurto en grado de consumado, como quiera que el hechor retiró las especies de la esfera de resguardo del dueño, la que en el caso de las tiendas comerciales está constituida por las cajas registradoras y paneles de seguridad. Por tanto, **resulta indiferente para determinar el grado de desarrollo del delito que el autor del mismo no haya podido disponer de las especies sustraídas, por cuanto ello no corresponde a su consumación, sino al agotamiento del ilícito penal, fase ésta posterior a aquella, y sea que se verifique o no, igualmente permite tener por consumado el delito por haberse realizado todos los actos necesarios para ello.**

Por estas consideraciones, y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 375, 376 y 384 del Código Procesal Penal, se declara SIN LUGAR el recurso de nulidad interpuesto a fs. 2 por el defensor penal público abogado Jaime López Allendes en favor del imputado ALEX SOTO RAIÓ, y en contra de la sentencia definitiva ya individualizada.- Regístrese y dése a conocer a los intervinientes en la audiencia fijada al efecto, sin perjuicio de su notificación por el estado diario; hecho, devuélvanse los antecedentes.- Redacción del Ministro señor Leopoldo Llanos Sagristá.- Rol N° 1113-2006.RPP PRONUNCIADA POR LA I CORTE 1° SALA Presidente Ministro Sr. Héctor Toro Carrasco, Ministro Sr. Julio César Grandón Castro y Ministro Sr. Leopoldo Llanos Sagristá. En Temuco, a trece de noviembre de dos mil seis, notifiqué por el estado diario la resolución que precede.

2. Diversos criterios jurisprudenciales para analizar el iter criminis en los delitos de robo con fuerza en las cosas

Corte de Apelaciones de Concepción. 05 de octubre de 2004, Ruc 0400074413-7.

Considerandos relevantes:

Concepción, cinco de octubre de dos mil cuatro.

VISTO, OÍDO Y TENIENDO PRESENTE:

En estos antecedentes RUC 0400074413-7 y RIT 24-2004 del tribunal Oral en lo Penal de Concepción, con fecha 13 de agosto de 2004, se dictó sentencia definitiva por la que se condenó a CARLOS ANDRÉS MATUS CARRASCO a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas como autor del delito de robo con fuerza en las cosas de especies de propiedad de Nivaldo Monsalve Carrasco, cometido en dependencia de lugar habitado el 28 de febrero del año en curso, no concediéndosele ninguno de los beneficios alternativos de la ley N° 18.216. Contra dicho fallo las Defensoras del imputado dedujeron Recurso de Nulidad fundado en la causal establecida en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal por haberse hecho una errada aplicación del derecho que influyó en lo dispositivo del fallo en cuanto a la calificación jurídica de los hechos y del iter criminis, solicitando se invalide la sentencia y se dicte sentencia de reemplazo de acuerdo con el artículo 385 del Código citado. Habiéndose concedido el expresado recurso y estimándose admisible, esta Corte fijó para la audiencia pública destinada a la vista de la causa el día 20 de septiembre recién pasado, audiencia que se llevó a cabo con la intervención de la Defensora Penal Público doña Cristina Melgarejo Sáez y del Fiscal del Ministerio Público don Carlos Palma Guerra. Concluido el debate, quedó el asunto en Acuerdo y los comparecientes fueron citados por el Sr. Presidente de la Sala para la Audiencia del día 5 de octubre del año en curso, a las 09,00 horas para la lectura del fallo.

3) Que son hechos establecidos en la sentencia de que se trata los siguientes: Que el 28 de febrero de 2004, aproximadamente a las 05:30 horas, el acusado, Carlos Andrés Matus Carrasco, luego de forzar la chapa de una puerta y de fracturar el mecanismo de seguridad de un candado colocado en otra puerta inmediatamente contigua, con un elemento contundente, ingresó a una dependencia del inmueble ubicado en el pasaje 4 casa N° 41, Villa Olombi Banna, Chiguayante, domicilio de doña Rosa Luna Mosqueira y su grupo familiar, pieza destinada a labores de bazar, paquetería y librería, que tiene comunicación interior con el resto de la casa habitación, y desde la señalada dependencia, sustrajo especies muebles, consistentes en seis carteras, un ventilador, una mochila, un reloj mural y un televisor con radio, de propiedad de Nivaldo Monsalve Carrasco, morador también de esa casa, siendo sorprendido por Carabineros en circunstancias que portaba tales especies, en el antejardín del domicilio. (motivo Quinto). Estos hechos acreditados, se establece en el considerando Séptimo, configuran el delito de robo con fuerza, cometido en dependencia de lugar habitado, previsto y sancionado por los artículos 432 y 440 N° 1 del Código Penal, por cuanto ha resultado establecida, más allá de toda duda razonable, la concurrencia de la totalidad de los elementos que constituyen el tipo penal mencionado, esto es la apropiación de cosa mueble ajena- en este evento la sustracción y apoderamiento material, por parte del acusado, con ánimo de señor y dueño, de un ventilador, una radio con televisor, una mochila azul, un reloj mural y seis carteras, especies todas que le eran ajenas, de propiedad de Monsalve Carrasco-; la fuerza empleada a fin de lograr el ingreso al inmueble, la que resulta explícita del examen de las fotografías de la puerta de acceso al lugar del hecho y de su protección interior metálica, con chapas fracturadas y candado forzado, y de lo declarado por los testigos Monsalve Carrasco, Caba Luna, Luna Mosqueira y funcionarios aprehensores Ortega Calisto y Romero Miranda, quienes abundan sobre el tema; la calidad de lugar habitado de la construcción donde se ubica la librería Basconi y las características de dependencia

de este último local comercial, respecto de la primera, comunicadas directamente mediante una puerta interior, lo que se prueba con el mérito de lo declarado por los testigos de cargo Luna Mosqueira, Caba Luna, Monsalve Carrasco, Ortega Calisto y Saavedra Fuentes, quienes se encuentran contestes en cuanto a la existencia de la mencionada puerta, adicionando los tres primeros que durante el día, el tránsito a través de la puerta es regular, dirigiéndose a veces Luna Mosqueira a conversar con quienes atendían el local, y dirigiéndose éstos últimos al baño de la casa, que era compartido. Es solamente a partir de estos hechos que debe determinarse la concurrencia del vicio alegado. La máxima del proceso acusatorio, oral y público obliga a que el fundamento de la sentencia emerja solamente de los actos válidamente incorporados al debate público y que los jueces que los presenciaron sean los únicos habilitados para dictarla, concordante con los principios de la concentración e inmediatez. El recurso de nulidad y tal como su nombre por demás lo indica, no es un recurso de apelación, lo que concuerda con el propósito declarado e inequívoco del legislador de establecer una única instancia en el nuevo proceso penal.

10) Que al razonar sobre el iter criminis o grado de desarrollo que alcanzó el delito, los sentenciadores afirman que el hechor fue sorprendido por Carabineros en circunstancias que portaba tales especies, en el antejardín del domicilio para agregar, la no consumación del ilícito se evidencia al no haber logrado el acusado efectivamente apropiarse de las cosas que pretendía sustraer, traspasando, con las especies, la correspondiente esfera de custodia y argumentan, en el caso las especies pretendidas sustraer el acusado, algunas de las cuales fueron depositadas por éste en el antejardín del inmueble, en los momentos que fue sorprendido por Carabineros, quedando otras en el interior de la dependencia destinada a bazar. Afirmaciones corroboradas en el Juicio Oral en que declararon los policías aprehensores que concurrieron al lugar, el Cabo JUAN ORTEGA CALISTO y el Sargento ARTURO ROMERO MIRANDA (Registro del Juicio Oral, Prueba de la Fiscalía, 9 de agosto, pistas 8 y 9 respectivamente) Y, termina, el acusado efectivamente puso todo de su parte a fin que el delito en cuestión se consumara, lo que en definitiva no ocurrió, exclusivamente en atención a la concurrencia de causas ajenas a su voluntad, concluyendo que se trata de un delito cometido en grado de frustrado. De lo acotado aparece que el imputado no alcanzó a extraer las especies de la esfera de resguardo o custodia del afectado que para estos efectos está constituido de un modo amplio por toda la extensión del inmueble en que se emplaza la vivienda dentro de la cual se ubica la dependencia, delimitada por sus resguardos perimetrales (un antejardín cercado). En nuestro sistema de las diversas teorías existentes para determinar el momento consumativo de la sustracción, esto es cuando se entiende consumado el delito, tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por la de la ablatio que requiere para la consumación, la extracción de la cosa fuera de la custodia o resguardo del titular, es decir, a la remoción va unida el traslado de la cosa fuera de la esfera de resguardo o protección en que se encuentra, de sus límites. Dicha teoría adopta un criterio de protección física y requiere, para que el delito se consume, que se produzca cualquier cambio que saque la cosa de la esfera de actividad de su propietario, privándole así de la disposición de ella. No basta con la simple remoción de la cosa, sino que, además, es necesario que ésta sea llevada por su hechor a un lugar en el cual el dueño no pueda ya ejecutar sobre ella sus derechos. Y, no cabe duda que el antejardín cercado de una casa corresponde a la esfera de custodia del propietario de la misma. Conforme a lo razonado, no habiendo, en el caso, las especies salido de la esfera de custodia o resguardo del propietario de la vivienda, lo que se evitó gracias a la intervención de carabineros que detuvieron al imputado en el antejardín portando las especies, sin que hubiere estado en situación de aprovecharse de ellas, hizo el Tribunal Oral en lo Penal una adecuada

aplicación del artículo 7 del Código Penal, al calificar el ilícito de que se trata, como frustrado. Se ha tenido por unánimemente aceptado por la doctrina como por la jurisprudencia, que la descripción de aquello en que consisten los hechos tentados se obtiene de conectar el tipo de complemento contenido en el artículo 7º inciso final del Código Penal con el correspondiente tipo de consumación consagrado, sea en la parte especial del mismo texto legal, sea en una ley especial. En dicho contexto, **el tipo de tentativa de robo con fuerza en las cosas se describiría como dar principio a la ejecución de la apropiación de una cosa mueble ajena, sin voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, usando la fuerza en las cosas, por hechos directos pero faltando uno o más para su complemento, lo que resulta de relacionar lo dispuesto en el artículo 7 del Código Penal con el 432 y 440 del mismo texto legal** (Excma. Corte Suprema, 22 de julio de 2003, Gaceta Jurídica N° 277 pág.156 y 25 de agosto de 2003, Gaceta Jurídica N° 278, pág. 189). **En el caso, el imputado puso todo lo necesario para que el ilícito se consumara y ello no se verificó por causas independientes de su voluntad, al ser sorprendido por la dueña del inmueble quien avisó a Carabineros, los que al llegar al lugar sorprendieron a éste, en el antejardín cuando intentaba sacar las especies del lugar, luego, la calificación jurídica del ilícito por el cometido, ha sido bien determinada como delito frustrado.** 11) Que por último, habiendo resultado establecido que estamos frente a un delito de robo con fuerza en las cosas cometido en una dependencia de lugar habitado, su calificación como frustrado o tentado, carece de influencia en lo dispositivo del fallo, por lo que procede rechazar las alegaciones de la defensa al respecto, también por este extremo.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y visto lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 y 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el Recurso de Nulidad deducido por las Defensoras Penal Públicas de Concepción, Sras. María Cristina Melgarejo Sáez y Liliana Arellano Yensen en contra de la sentencia de fecha trece de agosto de dos mil cuatro, escrita de fs. 1 a 20 y pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Concepción. REGÍSTRESE, dese a conocer a los Intervinientes que asistieren a la Audiencia de Lectura fijada para el efecto, sin perjuicio de su notificación por el Estado Diario. Hecho, devuélvase los antecedentes. Redacción de la Ministro doña Sara Victoria Herrera Merino.

Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta. 30 de diciembre de 2005, Rit 179-2005

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que la acusación del Ministerio Público tuvo por fundamento la siguiente relación de los hechos: “el día 17 de agosto de 2005 a las 05:45 horas de la madrugada, el imputado ingresa mediante escalamiento de un muro perimetral de aproximadamente 2,5 metros de altura al domicilio de propiedad de la víctima Elizabeth Lagos Vargas y al interior del mismo prepara para su sustracción, entre otras cosas, unERRUCHO y un pantalón de buzo de color azul, los cuales mantenía consigo en los momentos en que es sorprendido por funcionarios de Carabineros en el segundo piso que se encuentra en construcción de la misma vivienda.

En opinión del fiscal acusador los hechos descritos configuran el delito frustrado de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, previsto y sancionado en los artículos 432

y 440 N°1 del Código Penal y al acusado se le atribuye la calidad de autor, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del mismo texto legal.

Agregó que no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal respecto del acusado.

El Fiscal solicitó se imponga al acusado la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y el pago de las costas de la causa.

SÉPTIMO: Que, de este modo, los dichos de los testigos analizados en los motivos que anteceden, conjuntamente con la prueba documental aportada, apreciados libremente, producen en el Tribunal la convicción necesaria para dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que alrededor de las 05:00 horas del día 17 de agosto de 2005, el acusado Carlos Andrés Rojas Rojas escaló un muro perimetral de un inmueble ubicado en Anacleto Solorza con Río Lauca de esta ciudad, para acceder a una losa de un segundo piso en construcción, donde se apoderó de un serrucho de propiedad de Elizabeth Lagos Vargas.

Se acreditó, además, que el acusado se apoderó de un pantalón de buzo que se encontraba colgado en un tendedero ubicado, al aire libre, al costado del muro perimetral del inmueble de la víctima, especie ésta que puso sobre dicho muro, lo que alertó a funcionarios de Carabineros que pasaban por el lugar, quienes procedieron a la detención del imputado en el sitio en construcción.

Los hechos descritos tipifican el delito de robo con fuerza en lugar no habitado, en grado de tentado, previsto y sancionado en los artículos 432 y 442 N° 1 del Código Penal, toda vez que resultó probado que el imputado pretendió sustraer especies muebles ajenas, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueña, ingresando al lugar no habitado en que las mismas se encontraba mediante escalamiento, es decir por vía no destinada al efecto, dando principio de ejecución del hecho por actos directos, pero faltando uno o más para su complemento, atendido lo dispuesto en el artículo 7° del código punitivo.

En el punto, se rechazaron los argumentos del fiscal en cuanto a entender que el delito se encontraba, al menos, frustrado porque la actividad desplegada fue más allá de dar principio a la ejecución del hecho y únicamente la presencia de Carabineros en el momento impidió que el acusado lograra la apropiación. Sin embargo, al no haber logrado por un instante siquiera sacar las especies del sitio del suceso ni menos apropiarse de las mismas entiende el tribunal, que evidentemente faltaron uno o más actos que complementarían el solo ingreso al lugar y el apoderamiento de un serrucho con el que se le encontró.

La circunstancia de que el acusado intentara sustraer un pantalón de buzo tendido en un pasillo de la vivienda de la víctima no muta la calificación del delito, pues, si bien este último podría considerarse dependencia de un lugar habitado –refiriéndonos al domicilio de la señora Lagos- no se acreditó que para hacerlo haya entrado a dicho lugar, más desde que, conforme pudo apreciar el tribunal al exhibírsele fotografías del mismo, fácilmente pudo tomar dicha especie cuando pasaba desde la calle al sitio en construcción, resultando pacífico en nuestra doctrina y jurisprudencia entender que hay

escalamiento sólo si el delincuente entra al lugar de que se trate con todo su cuerpo, no constituyendo así escalamiento la introducción de un brazo o parte del mismo.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 7, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 24, 30, 52, 67, 432 y 442 N° 1 del Código Penal; 37, 47, 295, 297, 325 y siguientes, 336, 340, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Que se condena a CARLOS ANDRÉS ROJAS ROJAS, ya individualizado, a la pena de CUARENTA Y UN DÍAS de prisión en su grado máximo y a la accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de robo con fuerza en lugar no habitado, en grado de tentado, cometido el 17 de agosto de 2005 en perjuicio de Elizabeth Lagos Vargas en esta ciudad.

II.- Se condena, además, al acusado al pago de las costas de la causa.

III.- Que reuniendo el acusado los requisitos establecidos en el artículo 8° de la Ley 18.216, se le concede el beneficio alternativo de la reclusión nocturna, debiendo computársele una noche por cada día de privación de libertad a que fuera condenado, sirviéndole de abono el día que permaneció detenido con motivo de esta causa, según consta en el auto de apertura del juicio oral, condena que deberá iniciar bajo la modalidad señalada una vez que dé cumplimiento a la pena impuesta en la causa 1.708/2003 del Juzgado de Garantía de Antofagasta.

Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso. 19 de marzo de 2004, Rit 01-2004

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: Que, en síntesis, el ministerio público de Valparaíso sostuvo en su acusación que el acusado, ya individualizado, entró a la tienda Falabella de Valparaíso, de calle Independencia N°1806, el día domingo 21 de diciembre del 2003, en donde sustrajo sin voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, una camiseta de color blanco del equipo de fútbol Colo-Colo y dos toallas de playa marca casa joven, de propiedad de dicha tienda, las cuales ocultó en una bolsa plástica con el logo de Ripley y salió a calle Independencia con ellas sin cancelar su valor comercial. Apenas traspasó el acusado la salida que da a calle Independencia de la tienda comercial Falabella, se activaron los sensores, por lo que el guardia de seguridad Marco Lagos Aravena procedió a interceptarlo en calle Independencia. En esos precisos instantes el acusado extrajo desde sus vestimentas el arma blanca antes mencionada, con la cual agredió al guardia de seguridad en el antebrazo izquierdo, provocándole heridas de carácter menos grave. Agrega que los hechos descritos anteriormente son constitutivos del delito de robo con violencia, previsto y sancionado en los artículos 432, 436 inciso 1° y 439 del Código Penal, en grado de consumado. Añade que al acusado Daniel Alejandro Letelier Osorio, participó en calidad de autor del mismo, de conformidad a lo previsto en el artículo 15 N°1 del Código Penal, por haber actuado en los hechos descritos de forma inmediata y directa; por lo que solicita se le imponga la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales, el comiso del arma blanca empleada y pago de las costas del juicio.

SÉPTIMO: Que la unión lógica y sistemática de todos los hechos consignados en el considerando quinto, importan para el Tribunal la calificación jurídica de los mismos, dentro de la figura del robo con violencia, a que se refiere el artículo 436 del Código Penal, en relación con lo prevenido en los artículos 433 y 439 del mismo texto, en grado de frustrado, toda vez que se ha acreditado con la prueba aportada a la audiencia, la que se valoró libremente de conformidad a lo reseñado en el artículo 297 del Código Procesal Penal, que el acusado de este juicio sustrajo diversas especies muebles que le eran ajenas, contra la voluntad de su dueño y al ser sorprendido en dicha acción por un custodio de las mismas, procedió a causar lesiones con un arma blanca en el antebrazo izquierdo a quien trataba de impedir su acción, es decir, hubo por su parte uso de violencia después de cometido el delito para favorecer su impunidad, situación que no se dio en la especie por la acción oportuna de los guardias de seguridad de la tienda comercial.

Que, por otro lado, la frustración en concepto del Tribunal, se encuentra acreditada, por cuanto de la prueba aportada al juicio aparece manifiestamente claro que el delincuente, al decir del artículo 7 inciso 2° del Código Punitivo, puso de su parte todo lo necesario para que el delito se consumara, lo que no se produjo, necesariamente, porque guardias de la citada tienda comercial lo redujeron con las especies, por lo que en definitiva para el acusado el delito no se verificó por causas independientes a su voluntad, consistiendo éstas en el acometimiento de los guardias sobre el hechor.

Por estas consideraciones y, VISTO, además, lo dispuesto en los artículos 1°, 14 N°1, 15 N° 1, 18, 21, 24, 28, 31, 50, 68, 432, 433, 436, 439 y 450 del Código Penal; artículo 26 de la Ley N°18.216; y artículos 45, 47, 295, 297, 325 a 338, 340, 341, 342, 348, 468, 469 y 470 del Código Procesal Penal, SE DECLARA:

I.- Que se CONDENA al acusado DANIEL ALEJANDRO LETELIER OSORIO, ya individualizado, a la pena de CINCO AÑOS Y UN DIA de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de robo con violencia, en la persona de Marco Lagos Aravena, en grado de frustrado, de especies muebles de propiedad de la tienda comercial Falabella, hecho acaecido el día 21 de diciembre de 2003, alrededor de las 13:30 horas, en la tienda del citado local comercial, ubicado en calle Independencia N°1806, de la comuna de Valparaíso, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure su condena, al comiso del arma blanca acompañada como evidencia material a este juicio.

II.- Que tratándose de un condenado privado de libertad, el tribunal resuelve eximirlo del pago de las costas del juicio por estimar que concurren, en la especie, los requisitos que hacen procedente considerar que obra en su favor la presunción de pobreza a que se refiere el artículo 593 del Código Orgánico de Tribunales. Decisión acordada con el voto en contra del juez Francisco Hermosilla Iriarte, quien está por no eximirlo de dicho pago, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 24 del Código Penal.

III.- Que atendida la entidad de la pena privativa de libertad de presidio mayor en su grado mínimo impuesta por este fallo al sentenciado y existiendo condena anterior en su contra, no se le concederá ninguno de los beneficios que contempla la Ley N° 18.216, por no reunir los requisitos para ello.

IV.- Que el sentenciado cumplirá íntegramente la pena impuesta, sirviéndole de abono el tiempo que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de esta ciudad, con ocasión de este juicio, esto es, desde el día 21 de diciembre del año 2003, como consta del auto de apertura del presente juicio oral.

V.- Oficiése, para los fines a que hubiere lugar, al Octavo Juzgado del Crimen de San Miguel, comunicándole que el acusado DANIEL ALEJANDRO LETELIER OSORIO es condenado mediante esta sentencia, como autor de un crimen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N°18.216, en atención a que dicho Tribunal le había otorgado el beneficio de la Libertad Vigilada en causa rol N° 59.918-01 por delito de homicidio.

D) Criterios observados

1. El delito de hurto

El análisis de la jurisprudencia emanada tanto de los Juzgados de Garantía como de los Tribunales Orales en lo Penal, nos permite, desde la perspectiva de los delitos, percibir que los principales fallos emanados de estos Tribunales, corresponden en relación al iter criminis, a delitos contra la propiedad en que la acusación por parte del Ministerio Público iba encaminada a la realización plena de la descripción legal de cada figura delictiva, o sea, a la consumación de la misma, pero los Tribunales disentían del iter criminis y lo consideraban solamente un delito frustrado.

Es de especial consideración, el caso de los múltiples hurtos faltas analizados, en los cuales el Ministerio Público acusaba como consumados, pero que en el camino el Tribunal recalificaba como figuras frustradas, teniendo en cuenta que la Corte Suprema ha considerado que la esfera de resguardo de la víctima se rompía recién al traspasarse la línea de cajas de un establecimiento, criterio ampliamente afianzado. Sin embargo, este planteamiento llevaba a la absolución de los imputados, pues hasta fines del año 2006, con la dictación de la Ley N° 20.140, no se había establecido pena para el hurto falta en etapas imperfectas de ejecución.

Los otros casos de relevancia dicen relación con los delitos de robo con fuerza en las cosas, en los cuales tampoco se alcanzaba la ejecución perfecta. Se analizan las

líneas argumentativas dadas por la jurisprudencia para determinar los distintos grados de ejecución.

1.1. La penalidad del delito de hurto con anterioridad a la Ley N° 20.140

1.1.1. El hurto falta no se encontraba penado en etapas de ejecución imperfecta

Esta jurisprudencia se basó en el principio de legalidad. Remitíase el artículo 494 bis del Código Penal al artículo 7 del mismo cuerpo legal para sancionar las etapas imperfectas de comisión del hurto falta, sin señalar una pena específica para estos ilícitos. Sin embargo, refiriéndose el párrafo cuarto del Libro Primero únicamente a la penalidad de los simples delitos y crímenes, no se había establecido por la ley expresamente ninguna pena para el nuevo tipo penal, quedando de esta manera impune.

1.1.2. El hurto falta se encontraba penado en etapas de ejecución imperfecta

La jurisprudencia que esto sostenía se centraba en el artículo 7 del Código Penal. Estableciendo éste que son punibles también el delito frustrado y la tentativa, no se requiere más norma para asignarles una pena. Siendo el párrafo cuarto del libro primero una regulación específica para morigerar las penas de los crímenes y simples delitos en estados imperfectos de ejecución, no quedaba más pena para la falta tentada o frustrada punible que la misma establecida para el delito consumado, ya que no se había señalado por la ley norma alguna que atenuara la punibilidad.

1.2. Diversos criterios jurisprudenciales para determinar el momento de la consumación del delito de hurto en supermercados

1.2.1. La esfera de resguardo de la víctima se rompe al traspasarse la línea de cajas de un establecimiento

Se considera en este caso que el delito no se ha consumado con el mero ocultamiento de la especie entre las ropas del imputado, debido a que la esfera de

custodia del supermercado tiene su límite en la línea de cajas. Fuera de esa área el imputado se encuentra en condiciones de disponer de la cosa. Cuando se encuentra en el interior del recinto aún está en condiciones de cancelar el valor del producto.

1.2.2. La esfera de resguardo de la víctima no se rompe al traspasarse la línea de cajas de un establecimiento

Esta jurisprudencia recurre a un criterio espacial similar al anterior. El área de custodia es equivalente al recinto del supermercado, estimándose que dentro de ella el imputado no puede disponer de la cosa.

1.2.3. La esfera de resguardo de la víctima es más amplia que la línea de cajas de un establecimiento

Este criterio se aplica principalmente en tiendas inmersas en un centro comercial mayor, abandonando el criterio meramente espacial. De este modo, la esfera de custodia se extiende aún más allá del espacio físico de la tienda mediante los medios tecnológicos que esta tiene para monitorear a las personas aún cuando han dejado el establecimiento.

1.2.4. La facultad de disposición de la cosa es indiferente para determinar la consumación del delito de hurto

Este criterio, si bien coincide con el primero en cuanto a situar la esfera de custodia en las cajas del establecimiento, abandona el concepto de capacidad de disposición de la cosa, y sitúa tal circunstancia en la etapa de agotamiento del ilícito, que es posterior a la consumación, y que puede producirse o no con indiferencia a ésta.

2. Diversos criterios jurisprudenciales para analizar el iter criminis en los delitos de robo con fuerza en las cosas y en el delito de robo con violencia cometidos al interior de inmuebles

Se refieren estos fallos a robos con fuerza en las cosas y a robos con violencia cometidos al interior de inmuebles. Difieren al momento de calificar como tentados o

frustrados los delitos cuando el imputado no logra sustraer las especies del inmueble, por ser detenido aún al interior de éste.

Una jurisprudencia considera frustrado el delito, ya que el imputado habría puesto todo de su parte para lograr la consumación, impidiéndola únicamente la acción de Carabineros. Por el contrario, otros fallos exigen para que el delito llegue a la etapa de frustración que el imputado haya tenido al menos a posibilidad de disponer de la cosa, lo que no logró acontecer debido a que al no poder retirar las especies del inmueble, no desarrolló todas las conductas establecidas en el tipo penal.

Conclusiones

A) El artículo 450 inciso primero del Código Penal

Al entender de los memoristas, la problemática del artículo 450 inciso primero del Código Penal de enfocarse desde dos perspectivas; desde la de su constitucionalidad, y la de su conveniencia político criminal.

1. La constitucionalidad del artículo 450 inciso primero del Código Penal

1.1. Su conformidad con el principio de la tipicidad

En relación con la supuesta indefinición del tipo, concordamos plenamente con lo expuesto por la Corte Suprema, en el sentido de que el tipo de delito en etapa de ejecución imperfecta se desprende con toda facilidad relacionando el artículo 7 del Código Penal con los tipos de los diversos delitos contenidos en el mismo cuerpo legal y en la normativa especial. No se comprende qué función de garantía podría cumplir el exigir, como parece hacerlo la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que se repitan las palabras con las que se define el tipo en la norma que establece una pena especial para las etapas inacabadas del mismo. No se trata de un tipo abierto, ni tampoco la ley se remite a normas de rango inferior para describir la conducta. Aun suponiendo que se tratara de un tipo abierto, ello no implicaría una presunción de derecho de responsabilidad penal, como se afirma, sino simplemente se estaría estableciendo una pena para una conducta no suficientemente descrita. Como se señalaba en la jurisprudencia de la Corte Suprema citada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, las presunciones son medios de prueba que, como tales, acreditan hechos.

1.2. Su conformidad con el principio de proporcionalidad

Para el análisis de este punto resulta ilustrativo citar nuevamente una afirmación del entonces abogado integrante de la Corte de Apelaciones de San Miguel don Carlos

Kunsemüller, que resulta esencial en toda la argumentación jurisprudencial en este sentido:

“2.-Conforme a un principio cardinal y limitativo del ius puniendi estatal, la magnitud de la pena aplicable al responsable de un hecho delictivo debe estar en directa concordancia con el preciso desarrollo hasta el cual ha llegado la agresión al respectivo bien jurídico protegido en el supuesto concreto, debiendo imponerse una pena menor a la fijada por la ley al delito perfecto, en los casos de no alcanzarse este último grado”.

Resulta manifiesto que tal afirmación no tiene fundamento textual ni en la Constitución Política ni en los tratados internacionales mencionados al principio de este capítulo. Si bien el artículo 51 del Código Penal establece una penalidad disminuida para las fases imperfectas del iter criminis, el artículo 55 expresa, innecesariamente, debido a que la ley general deroga a la especial, que lo anterior es sin perjuicio de que tales conductas sean penadas especialmente por el legislador, de lo que fácilmente se deduce que nunca tuvo a la vista considerar dicho principio como una limitación esencial al ius puniendi.

Lo relevante en este punto consiste en determinar si es aceptable que se desconozca el texto legal mediante la interpretación que se hace de la normativa suprallegal. En nuestro entender la extensión que se le atribuye va más allá de lo permitido, añadiéndosele consecuencias que en modo alguno pueden derivarse directamente de su texto. El error consiste en que se asume de antemano el hecho de que la culpabilidad y la responsabilidad varíen proporcionalmente con el grado de concreción que alcanza el delito. En este punto se vuelve a transcribir lo señalado por la Corte Suprema:

“CUARTO: Que, por lo demás, y respecto de la culpabilidad y proporcionalidad de la pena, conviene recordar la antigua argumentación de Carrara ("Programa de Derecho Criminal, Parte General", Bogotá, 1956, volumen I, parágrafo 355, páginas 355 y siguientes), el cual afirma que si la escuela francesa tendía a favorecer la equiparación entre la punibilidad de la tentativa y el delito consumado, se debía a que para ella lo que

se castiga en el injusto es "la intención malvada, siempre que se manifieste en actos exteriores". "Al contrario", continua más adelante, "la escuela predominante en Italia castiga en el delito un hecho acompañado de intención malvada, por lo cual la parte material asume los caracteres de elemento del delito". Como algo falta en este último elemento "el material- la escuela italiana se pronuncia por la diferenciación de las penas, que, en el caso de la tentativa tiene que ser inferior a la del delito consumado. Dicho de otro modo: el gran jurista italiano pensaba que precisamente quienes ponen el acento en la culpabilidad " "la intención malvada"- parecen ser quienes aceptan con más facilidad que la pena del delito consumado y la de la tentativa sean iguales.

QUINTO: Que así, por otra parte, lo demuestra la situación de la legislación alemana en esta materia. Ese ordenamiento jurídico, en efecto, es uno de los que acogen más clara y decididamente el principio de culpabilidad. Ahora bien, el parágrafo 23 (2) del Código Penal Alemán estatuye que "la tentativa puede ser penada más benignamente que el hecho consumado" conforme a lo prescrito en el parágrafo 49 (1). Es decir, la aminoración de la pena de la tentativa es, para el juez alemán, sólo una facultad, de la que puede o no echar mano según su apreciación de las circunstancias. Nadie en Alemania ha pretendido jamás que, cuando el tribunal equipare las penas, esté violando el principio de culpabilidad.

SEXTO: Que, por lo demás es menester tener igualmente presente que los distintos grados de desarrollo del delito, no importan que aquellos estados imperfectos, necesariamente sean merecedores de un menor castigo, por cuanto en muchos casos, en estos últimos, el dolo de la conducta puede ser acreedor de igual reproche que el delito consumado, o incluso ocasionalmente, superior a la de quien obtiene el resultado deseado. Es así como nadie pondrá en duda que un delito de robo con fuerza en las osas consumado, cometido en un estado de necesidad incompleto "por existir supongamos, otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el mal que amenaza- por un autor que goza de irreprochable conducta anterior, es menos censurable que el mismo delito intentado, sin éxito, por un redivista contumaz, en la humilde choza en que mora una anciana viuda. Si en el ejemplo canónico de Frank del cartero y el cajero (Frank, Reinhard: "Sobre la estructura del concepto de culpabilidad", Montevideo " Buenos Aires, 2000, 2, página 28), el delito del último hubiese quedado en estado de tentativa, siempre

habría sido más reprochable que el del primero. Entonces la menor punibilidad de la tentativa nada tiene que ver con la medida de la culpabilidad y sólo depende de una decisión político criminal del legislador”.

A nuestro juicio, sin entrar a pronunciarnos acerca de la discusión doctrinaria que se manifiesta, asumir por el adjudicador una postura sin justificarla para dar por derogado un precepto legal va más allá de lo que le facultan las normas de interpretación de la ley; es más, no se consagra en el Código Penal el principio señalado por don Carlos Kunsemuller, sino al contrario, toda vez que el artículo 55 de dicho cuerpo legal señala que la disminución de la punibilidad para los estadios imperfectos del iter criminis puede tener excepciones. Para entender que la Constitución y los tratados de su mismo rango consagran el principio contrario debería señalarse cómo se desprenden dichos principios de su texto y por qué tienen el alcance que se pretende, porque de lo contrario, y tal como sucede en la jurisprudencia analizada, se estaría dando rango supralegal a criterios doctrinarios mediante la interpretación *praeter legem*, en circunstancias que por sí solos éstos no constituyen una fuente del derecho.

A mayor abundamiento, hay que considerar que aún en el caso de que se aceptara la interpretación en comento, no puede asumirse tampoco que la pena determinada por el legislador para el delito consumado sea considerada como la retribución exacta de la culpabilidad. Es manifiesto que la pena de cinco años y un día a que se expone el homicida está muy por debajo del nivel de la culpabilidad. Para que tal cosa sucediese, la pena debería ser de presidio perpetuo calificado, o de muerte en sociedades que acepten tal pena. Lo exiguo de la sanción se debe a que no es necesario desde una perspectiva político criminal imponer una pena mayor; no lo requiere la prevención general. Se adaptan estas decisiones legislativas a la teoría de los fines de la pena de Roxin⁴⁵, que justifica tal reacción del estado en cuanto lo requieran los fines preventivos, pero siempre que no se sobrepase la medida de la culpabilidad. No habría en este caso problema alguno si por razones político criminales el legislador considerare necesario penar de igual manera la tentativa y la consumación, ya que contaría con un margen.

⁴⁵ Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, pp. 95 y ss.

1.3. Su conformidad con el principio de la determinación objetiva de la responsabilidad penal

En este punto sostiene la Corte de Apelaciones de San Miguel que se vulneraría la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, al no haber una razón para hacer una distinción entre el tratamiento de la tentativa y al frustración de hurtos y robos y la de otros delitos. También se llegaría a resultados indeseables y penas desproporcionadas.

En cuanto al primer punto, estimamos que no se produce tal desigualdad, dado que la ley se aplica por igual todos quienes cometan la misma clase de delitos. Tal distinción tiene una justificación político criminal, consistente en la gran frecuencia de comisión que tienen tales delitos, por lo que, sin afirmar que sea realmente conveniente, tampoco se puede afirmar lisa y llanamente que se trate de una arbitrariedad. Interpretaciones de esa clase abrirían la puerta a que las normas jurídicas pudieran ser preteridas por los tribunales en consideración a su inconveniencia, dado el gran número de distinciones y discriminaciones de todo tipo que existen en un ordenamiento jurídico, y la multiplicidad de criterios que tienen distintas personas para entender lo que es conveniente.

El argumento referido a que se establece una pena desproporcionada es el de mayor seriedad, y el único que ataca el *quid* del asunto. Se trata de la única vía posible para impugnar esta norma. Esto presenta, sin embargo, la dificultad de que determinar qué es lo desproporcionado es una cuestión subjetiva, y no sería una realidad deseable que los jueces desde su subjetividad, o construyendo abstrusos argumentos determinen cuáles normas son proporcionadas y cuales no, más aún cuando se atribuyen competencia por la vía de la derogación tácita de norma. Se produciría un enorme espacio de inseguridad jurídica respecto de todas las normas punitivas previas a la actual constitución.

1.4. La aplicabilidad del artículo 450 inciso primero del Código Penal a ciertos delitos

1.4.1. Al robo por sorpresa

En este punto la jurisprudencia aquí representada por la sentencia del Tribunal Oral en Lo Penal de Valparaíso recaída en la causa RIT 81-05 citada sostiene, para determinar la inaplicabilidad de la norma tratada en este capítulo que el sentido de la ley no es claro, aduciendo las múltiples diferencias entre los tipos de robos con violencia o intimidación y el robo por sorpresa, que es un hurto agravado, y razones históricas que explican su ubicación de éste en el apartado de aquéllos. Sin perjuicio de la corrección de esos criterios, no nos parece que el sentido de la ley no sea claro. De las múltiples diferencias habidas y que se señalan en el fallo se deduce claramente la inconveniencia de haber establecido esa norma, de por sí odiosa, para un delito que tiene naturaleza de hurto, pero no que el legislador no haya tenido la intención de cometer tal despropósito y atribuirlo, como lo hace al acoger el planteamiento de la defensa, a que se haya tratado de un error, especialmente cuando el texto de la ley dice que este delito “se considerará como robo”.

1.4.2. A la hipótesis del artículo 444

Este punto nos parece dudoso. Si bien el artículo 444 no se encuentra expresamente numerado en el artículo 450 inciso primero, lo que hace es presumir que concurren los elementos del tipo del robo en lugar habitado o destinado a la habitación. Pudiendo verse, en cualquier caso, el problema desde dos ángulos distintos es nuestra opinión que debe aplicarse el principio in dubio pro reo cuando no ha habido indicios de un intento de apropiación y no darse aplicación al artículo 450 inciso primero.

2. La conveniencia político criminal del artículo 450 inciso primero del Código Penal

A nuestro entender la inconveniencia de esta norma es manifiesta. Teniendo de por sí el robo una pena desmesurada, similar a la del homicidio, no parece haber razón alguna para respecto de estos delitos hacer excepción a la norma general que impone una sanción atenuada a los grados imperfectos de comisión. Así, es menor la pena sufrida por alguien que intenta cometer un homicidio que la que sufre alguien que intenta cometer un robo, lo cual es de una injusticia manifiesta.

B) El tratamiento de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en los delitos contra la propiedad en la jurisprudencia de la reforma procesal penal

1. Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal

1.1. La irreprochable conducta anterior

En la jurisprudencia existe disparidad de criterios al momento de considerar o rechazar la concurrencia de esta circunstancia atenuante. La principal disyuntiva se plantea con respecto a la existencia o no del elemento positivo. En general, la jurisprudencia ha exigido aspectos ético sociales en la conducta anterior del imputado cuando se trata de dar o no a esta irreprochabilidad el carácter de muy calificada. Sin embargo, en ocasiones jurisprudencia emanada principalmente de la Corte de Apelaciones de Santiago ha exigido que se demuestre este aspecto positivo para estimar concurrente la minorante. Estimamos que no existe fundamento para tal exigencia.

En primer lugar, no puede entenderse como “ausencia de reproche” el hecho de tener una conducta activamente positiva para la sociedad. De ser así, una persona que contraviene las normas de comportamiento social, pero tampoco realiza actividades excepcionalmente beneficiosas para su medio sería digna de reproche, lo cual es un manifiesto contrasentido, debido a que también existen deberes éticos cuyo incumplimiento genera un reproche.

Si se flexibiliza la postura anterior, y se entiende que la ausencia de reproche significa no haber faltado a las normas éticas, se genera una segunda dificultad. Si se exige la prueba de tal circunstancia el imputado debería probar nunca haber faltado a dichas normas, lo cual es imposible. Por lo tanto, debería el órgano persecutor probar la inmoralidad de la conducta del imputado, postura que no ha sido asumida por la jurisprudencia.

Finalmente, en una sociedad moderna resulta clara la plasticidad de lo que se entiende por socialmente aceptado, por lo que se inconveniente dejar su calificación a la

subjetividad del juez cuando se trata de determinar el grado de culpabilidad en la comisión de un delito.

1.2. La colaboración sustancial

El punto de mayor debate en la jurisprudencia se encuentra en si es suficiente para la calificación de esta atenuante la circunstancia de reconocer responsabilidad el imputado aceptando el procedimiento abreviado. Cierta jurisprudencia, basándose en el texto del artículo 407 del Código Procesal Penal, ha estimado que es suficiente tal reconocimiento para dar lugar a la atenuante. Discrepamos de tal postura, considerando que este reconocimiento debe ser realmente sustancial. Ningún sentido tendría la atenuante si, cuando el imputado enfrentado a una contundente prueba en su contra reconoce responsabilidad para acogerse a un procedimiento más benevolente, se le beneficiara también con esta atenuante. Distinta es la circunstancia en que las probanzas habidas en su contra son débiles, siendo su propio reconocimiento de responsabilidad un punto determinante para acreditar su participación, identificar a otros responsables o recuperar las especies.

2. Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal

2.1. La reincidencia específica

Concordamos en este punto con la jurisprudencia que exige una identidad de bienes jurídicos protegidos para que concurra esta agravante. No pueden considerarse delitos de la misma especie el hurto y el robo, toda vez que el hurto protege únicamente la propiedad, mientras que el robo tiene por finalidad también el resguardo de bienes jurídicos como la vida, la libertad, la integridad física y la vida. Esto es claro cuando el primer delito cometido es un hurto, y el segundo uno más grave. Pero si sucede al contrario, el nuevo delito atentaría únicamente contra bienes jurídicos ya vulnerados con anterioridad por el imputado. Sin embargo, esto podría ser considerado como una interpretación amplia de la norma, lo que está vedado.

En cuanto a la constitucionalidad de esta agravante, no somos del parecer de que se trate del establecimiento de un derecho penal de autor. Tal sería el caso si se

asignaran penas distintas para sujetos diferenciados arbitrariamente que cometieran el mismo delito, por aplicación del principio constitucional de igualdad ante la ley. Se trata en esta agravante de considerar valorativamente el sentido de varias acciones como un todo, lo cual no significa establecer un derecho penal de autor. Es evidente que la repetición de la comisión de un delito implica un mayor disvalor que su comisión aislada. La gravedad de la comisión de dos robos es distinta a la de la suma de la gravedad en la comisión de un primer robo a la de la gravedad de un segundo, debido a que el imputado exterioriza un mayor desprecio por el ordenamiento jurídico al repetir la conducta.

Por otra parte, considerar inconstitucional la agravante de reincidencia obligaría a hacer lo propio con la agravante de irreprochable conducta anterior, lo cual sería político-criminalmente indeseable, al negar a quien delinque por primera vez muchas opciones de rehabilitación en el momento en que ella es más posible.

3. Disposiciones modificatorias de la responsabilidad penal relativas a las circunstancias de comisión

3.1. La agravante del artículo 450 inciso segundo del Código Procesal Penal

Estimamos que no existe impedimento para que sea aplicada esta agravante en caso alguno cuando se comete un delito contra la propiedad, debido a que la utilización de armas no es inherente en modo alguno a la comisión de ninguno de estos delitos, lo que es evidente para el caso de hurto, de robo por sorpresa y de robo con fuerza en las cosas, pero aun no siendo obvio para los robos propiamente tales, también es efectivo.

Ya sea considerando al robo con violencia o intimidación lesivo de la integridad física o de la libertad, ambos bienes jurídicos pueden ser vulnerados sin ayuda de armamento, dependiendo de las circunstancias en que se cometa el delito. Así, un atacante fornido no necesita de ningún elemento para dar muerte a un inválido. De este modo, si se considera que el robo con violencia o intimidación tiene por finalidad proteger la libertad, se agrava la figura típica si se añaden al delito armas que pongan en peligro la identidad física de la víctima. Si se considera que el robo con violencia o intimidación requiere una puesta en peligro efectiva de la integridad de la víctima, el uso de armas aumenta dicho peligro, así como el de un tercero que eventualmente intentara defenderla.

3.2. La agravante especial del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal

En cuanto al concepto de malhechor, estimamos que debe considerarse tal a quien interviene en el delito, indistintamente de su imputabilidad o identificación clara.

Siendo el fundamento de esta agravante, como lo estima la doctrina y al igual que para el caso del porte de armas, el mayor peligro para la víctima, el aseguramiento de la impunidad de los imputados y la anulación de posibilidades de defensa, resulta irrelevante para uno de los intervinientes en el delito si es o no inimputable el resto de la cuadrilla.

La interpretación literalista que exige reincidencia carece, además de tratarse de una discordante con el resto del cuerpo legal y no atender a los fines que se tuvieron presentes para el establecimiento de la agravante, de verdadero fundamento en el diccionario de la Real Academia, como se pretende, ya que éste señala que es malhechor “el que comete un delito, y especialmente el que lo comete por hábito”, con lo que incluye en la definición al que lo hace por primera vez.

La misma definición de malhechor es sustentada también en que el delincuente reincidente es un sujeto de mayor peligrosidad que el no habitual, es inaceptable. Evidentemente, si bien podría establecerse que el delincuente habitual es más peligroso que el que delinque por primera vez desde un análisis estadístico, tal tendencia no permite establecerlo de manera absoluta en una norma aplicable a todos y cada uno de los casos de robo en una circunstancia agravante que, enfocada de tal modo, presumiría de derecho la responsabilidad penal (existe mayor responsabilidad por un peligro adicional no probado), que por lo demás sería de autor (el hechor “es” más peligroso; no “realiza” una conducta más peligrosa).

En concordancia con tal concepto de malhechor, estimamos que para que se configure la agravante, deberían apreciarse las circunstancias de cada delito. Así, sería irrelevante si parte de la cuadrilla es o no imputable, o si no se logra determinar la identidad de uno de los malhechores, siempre y cuando se pudiese probar claramente que hubo otro partícipe y qué conductas realizó. Atendiendo a la finalidad de esta agravante, habría que excluirla por aplicación del principio non bis in idem si la supresión de la

posibilidad de defensa, el aseguramiento del delito y el mayor peligro para la víctima se obtuvieron mediante el uso de armas.

C) Recalificación de delitos de hurto y robo en figuras menos gravosas

1. El robo simple con violencia o intimidación

1.1. La violencia o intimidación deben estar dirigidas a la apropiación

Si bien la jurisprudencia analizada no exige explícitamente como elemento del tipo del robo que la violencia o la intimidación se orienten objetivamente en función de la apropiación, aplica este criterio al momento de calificar los hechos.

En los casos de Tribunales Orales antes citados los imputados despliegan maniobras intimidatorias que resultan infructuosas, tras lo cual consiguen la apropiación por otros medios, sin que, objetivamente, la violencia o intimidación hayan sido funcionales para aquélla.

Compartimos este criterio para no calificar estos ilícitos como robos consumados. Sin embargo, consideramos que podría estimarse que en tales casos hay un robo tentado. El hecho de que la intimidación sea tanto la acción como el efecto de intimidar no implica necesariamente que el que no se haya logrado el efecto deseado conlleve que no se haya dado principio de ejecución a un delito claramente determinado. De ser así, habría que concluir que, mientras que una apropiación no se logra porque la maniobra no es suficiente para intimidar a una víctima temeraria constituiría un hurto tentado, por otra parte, en el caso de que la misma maniobra logre el efecto intimidatorio sobre una víctima temerosa, pero en el que se frustré la apropiación por la intervención de un tercero se trataría de un robo tentado. Entonces, si bien en casos como los anteriores el delito consumado sería de hurto, dependiendo de las circunstancias podría encontrarse en concurso con un robo tentado.

1.2. Existencia y entidad de la maniobra intimidatoria

En relación con la violencia, si bien en general seguimos la doctrina del robo como coacción de la víctima, estimamos que no puede entenderse que ésta necesariamente implique una forma de coacción, bastando que se dirija teleológicamente a ella, debido a que el texto del artículo 439 del Código Penal establece, entre otras hipótesis, que esta se ejerza para “impedir a la resistencia u oposición a que se quiten”, impedimento que no necesariamente debe ser coactivo.

En cuanto a la intimidación, tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo a que se debe tratar de una forma de coacción.

En la práctica, puede observarse que en los fallos analizados la jurisprudencia se inclina tanto en uno como en otro aspecto en cuanto a lo que constituye violencia. En cuanto a la intimidación, hay que destacar que algunos fallos, sin adherir a la teoría objetiva, en casos en que la apropiación se logra claramente por medio de la coacción resultante de una maniobra intimidatoria estima que ésta es insuficiente y califica el delito como robo por sorpresa. No puede verse cómo quien logra que la víctima no se resista a la apropiación mediante la voz “te voy a matar” haya “confundido” y no “intimidado” a la víctima. Aunque no se adhiera a la tesis del peligro concreto, al exigir que para que la intimidación sea “objetivamente idónea” para intimidar se haga uso de un arma o de algún elemento adicional a la amenaza misma se llega a los mismos resultados.

A nuestro entender, para calificar si la entidad de la amenaza es suficiente, debe atenderse a todas las circunstancias del caso, tanto subjetivas como objetivas. Así, no deja de haberse tentado la intimidación, como se expresó en el apartado anterior, si una víctima temeraria no se sintió intimidada, ni si la maniobra desplegada, aunque débil, logró efectivamente un efecto intimidatorio en una víctima temerosa. Concordamos sí, con la jurisprudencia que señala que el solo hecho que la víctima sienta temor por la conducta del hechor es un factor subjetivo insuficiente para considerar concurrente la intimidación si no se ha realizado una maniobra de cierta entidad dirigida a tal propósito, según las circunstancias del caso.

1.3. Teorías subjetivas y objetivas en relación con la intimidación

En nuestro parecer, la teoría objetiva defendida por la Corte de Apelaciones de San Miguel, y que ha alcanzado cierta acogida en algunos Tribunales Orales en Lo Penal, como el de Antofagasta, es errónea. Su verdadera explicación debe buscarse en el argumento que se trata de presentar como accesorio; que la pena es desproporcionada con la conducta realizada, por no ser la libertad un bien jurídico de tal entidad que permita el establecimiento de semejante castigo. Naturalmente, esta consideración tiene la desventaja que de que pasa por una apreciación más bien subjetiva, que compartimos, pero que por revestir tal subjetividad impide o dificulta de plano plantear la inconstitucionalidad de la norma. Por ello, se busca el argumento retórico de indicar que, como no se encuentra la libertad señalada expresamente como bien jurídico violentado en el robo calificado, tampoco puede sostenerse que permita justificar la pena que se impone en la figura residual del robo simple.

Sin embargo, también puede verse el problema desde la perspectiva contraria. El robo calificado, así como el robo simple, afectan evidentemente la libertad. La diferencia que existe es que en el robo calificado se afectan también otros bienes jurídicos personalísimos. No puede pretenderse que el robo se defina a propósito del robo calificado, y menos aún que la intimidación lo haga, ya que el robo se define en el artículo 432 del Código Penal, y la intimidación en el artículo 439 del mismo Código. A mayor abundamiento, se observa una técnica similar en el Código Penal para definir el homicidio, introduciéndose el verbo rector a propósito del parricidio, y señalándose, posteriormente, una pena menor para quien mata a alguien con quien no tiene vínculo familiar, sin que por eso se pueda argumentar que para todo homicidio debe necesariamente afectarse o ponerse en peligro el bien jurídico familia.

La segunda forma de entender la figura presenta la evidente ventaja de ampararse cómodamente en el texto de la ley. La RAE define “intimidar” como “causar o infundir miedo”⁴⁶, definición que concuerda plenamente con el sentido natural y obvio de la palabra.

Se ha tachado a la postura de la teoría subjetiva de simplista, pero a nuestro entender el problema no presenta una complejidad que permita la construcción de una teoría abstrusa como la objetiva.

⁴⁶ www.rae.es Abril de 2009

Finalmente, entender el robo como coacción permite una interpretación lógica y coherente, con la salvedad de la magnitud de las penas, del sistema de los delitos contra la propiedad. La hipótesis básica, el hurto afecta la propiedad. La pena se incrementa para el robo por sorpresa debido al medio de comisión más lesivo, así como para el robo con fuerza en las cosas. El robo con violencia o intimidación lleva una pena aún más alta debido a la afectación de la libertad que implica la coacción, la cual se ve agravada si se agrega un peligro adicional para la integridad de la víctima mediante el uso de armas o la actuación en grupo. Finalmente, si existe una grave afectación de bienes jurídicos adicionales a la propiedad o la libertad, se establecen las hipótesis de robo calificado con penas mucho más altas.

Entendiéndose el robo con violencia o intimidación como puesta en peligro de la integridad de la víctima, se pierde esta coherencia. En primer lugar, no se explica el gran salto en la penalidad desde el hurto hasta el robo por una mera puesta en peligro, la cual es una cuestión hipotética e indefinible. Por otra parte, el mismo robo por sorpresa, que tiene naturaleza de hurto, puede generar peligro debido a que la fuerza necesaria para desprender el objeto en ciertas ocasiones puede desestabilizar a la víctima ocasionándole el peligro de caer, peligro que se concreta en ocasiones con el resultado incluso de lesiones de entidad. Pero principalmente, el entender el robo como puesta en peligro hace completamente ociosas las agravantes especiales de uso de armas y pluralidad de malhechores, ya que por el principio non bis in idem nunca se podrían aplicar, al vedarse agravar la pena por el empleo de un medio comisivo ya considerado al momento de calificar el delito.

Llama especialmente la atención que los tribunales, al dar aplicación a la teoría objetiva, recalifiquen los robos con intimidación como hurtos, y no como robos por sorpresa. Como se vio en el apartado anterior, en ocasiones en que no se considera la maniobra intimidatoria como suficiente para configurar el delito de robo con intimidación, el delito por el que se condena es robo por sorpresa, ya que se estima generalmente que la maniobra está destinada a causar confusión en la víctima. En los casos expuestos en este apartado, aun entendiendo que intimidar en su sentido natural no equivale al sentido normativo que se le atribuye, no podría negarse que al menos se trata de una forma de “confundir” a la víctima, haciéndole creer que se encuentra en un peligro en realidad

inexistente. No resulta lógico que se considere más grave lograr la apropiación mediante la intimidación en sentido “no normativo”, calificándola de hurto, que la conseguida con una simple maniobra de distracción, calificándola como robo por sorpresa.

2. Recalificación de robos con fuerza en las cosas con base en el lugar de comisión

Se observa que en la doctrina se hace una interpretación bastante restrictiva de la definición de cada lugar de comisión, lo que es posible por la falta de precisión que tiene la ley en esa parte para ello, lo que redundaría positivamente en la disminución de penas que, por tratarse de delitos doctrinariamente considerados hurtos agravados, son de por sí bastante altas.

D) El tratamiento del iter criminis en los delitos contra la propiedad en la jurisprudencia de la reforma procesal penal

1. El delito de hurto

1.1. La penalidad del delito de hurto falta con anterioridad a la Ley N° 20.140

A nuestro entender la solución a este problema no es clara. Si bien, como sostenía la jurisprudencia que consideraba punible el hurto falta en fase imperfecta de ejecución, el artículo 7 del Código Penal señala que efectivamente son punibles el delito tentado y el frustrado, no señala expresamente que la pena sea la misma que la del delito consumado, para el cual la parte especial del derecho penal establece las penas. Por lo demás, este artículo es inseparable del párrafo cuarto del Libro Primero, sistema que no puede ser considerado una mera disminución de las penas para los delitos tentados y frustrados, sino un sistema complejo que integra no sólo la aplicación de las penas para los delitos en consideración al grado de desarrollo del iter criminis, sino que también el grado de participación, establece las escalas de penas y normas generales para la aplicación de éstas. Por esta razón no puede separarse sin más el artículo séptimo de este cuerpo normativo, asumiendo que la pena establecida para una falta en estado imperfecto de ejecución es la misma de la falta consumada, simplemente porque no hay otra.

1.2. Diversos criterios jurisprudenciales para determinar el momento de la consumación del delito de hurto en supermercados

Asumiendo, como la más aceptada teoría de la consumación del hurto, la de la ablación, es nuestro parecer que el momento que mejor y más completamente se condice con ella es la salida del entorno controlado por medios tecnológicos, debido, en primer lugar, a que es un sistema complejo destinado precisamente a resguardar las especies susceptibles de ser hurtadas, y a que es únicamente fuera de este sistema donde el imputado puede disponer de la cosa hurtada. Aún considerándose distintos en teoría los momentos de ablación desde la esfera de resguardo y oportunidad de disposición, en el caso concreto de establecimientos comerciales con sistemas especiales de vigilancia, coinciden perfectamente.

2. Diversos criterios jurisprudenciales para analizar el iter criminis en los delitos de robo con fuerza en las cosas y en el delito de robo con violencia cometidos al interior de inmuebles

A nuestro entender, el delito no puede considerarse frustrado si el imputado no realiza efectivamente la acción de retirar las especies de la esfera de resguardo. Por eso, si su conducta es detenida antes de que complete esta acción, el delito necesariamente debe ser considerado tentado.

E) Consideraciones finales

Nuestro Código Penal data de 1874. Transcurrido con largueza un siglo, se han realizado innumerables e imprescindibles reformas a todos los ámbitos de nuestro sistema jurídico, incluyendo el proceso penal. El contraste entre nuestro moderno sistema procesal penal y nuestro derecho penal sustantivo es manifiesto. En cierto modo, muchos de los criterios de morigeración de penas antes expuestos son intentos de adaptar una legislación anticuada a los requerimientos de la doctrina penal y el derecho constitucional modernos. A menudo dichos criterios se apartan del margen interpretativo permisible para el adjudicador, lo cual, si bien en casos concretos sirve para disminuir los efectos de penas desproporcionadamente altas, presenta también inconvenientes.

En primer término, veladamente los jueces estarían vulnerando la institucionalidad al atribuirse funciones propias del poder legislativo. En segundo lugar, se genera un espacio de inseguridad jurídica, y finalmente, la morigeración parcial de las penas por esta vía impide la apreciación de la magnitud del problema, principal aliciente para que se establezca un nuevo sistema racional y justo.

Bibliografía

- BASCUÑAN, ANTONIO. El robo como coacción, en Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Estudios de la Justicia, 2002.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual De Derecho Penal Español. Editorial Ariel, Barcelona, 1984. Citado en Garrido Montt.
- CURY URZÚA, ENRIQUE, Derecho Penal, Santiago, 1992. Citado en Garrido Montt.
- ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- LABATUT, Gustavo. Derecho Penal, Santiago, 1990. Citado en Garrido Montt.
- MERA FIGUEROA, Jorge. Derechos humanos en el derecho penal chileno. Editorial jurídica Conosur. Santiago de Chile, 1998.
- Hurto y robo. Estudio dogmático y político criminal. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1994.
- ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid. 1997.
- SÁINZ CANTERO, JOSÉ, Lecciones de Derecho Penal, Barcelona, 1982. La Ciencia del Derecho Penal y su Evolución, Barcelona, 1970. Citado en Garrido Mont.
- www.rae.es