

C.A. de Copiapó

Copiapó, veintinueve de junio de dos mil veintitrés.

**VISTOS:**

En causa R.U.C. N° 2110020028-4, RIT N° 230-2022, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, doña **Náyade Cifuentes Briceño** Defensora Penal Pública, interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de fecha diez de mayo de dos mil veintitrés, dictada por la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, integrada por los Jueces señor Juan Pablo Palacios Garrido, quien presidió, señora Miriam Pérez González (S) y señor Alfonso Díaz Cordaro, que condenó a don **Jorge Enrique Donoso Ayala**, como autor del delito de robo con homicidio, previsto y sancionado en el artículo 433, N° 1, del Código Penal, en grado de desarrollo de consumado, a sufrir la pena de presidio perpetuo calificado y las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida del penado y la de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el máximo que establece el Código Penal, ilícito que fue cometido en la comuna y ciudad de Vallenar, el día 23 de abril de 2021, aproximadamente a las 03:00 horas.

Funda el recurso en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, alega que en el fallo se ha incurrido en una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, lo que sustenta en dos vertientes, una principal y otra subsidiaria, a saber, la primera, con respecto a la aplicación de las circunstancias agravantes del artículo 12 N° 6, 12 N° 14, 12 N° 18 y 12 N° 19, todas del Código Penal; a su vez, la segunda (subsidiaria), por aplicación errada del artículo 68 del Código Penal, en relación con el artículo 449 del mismo cuerpo legal.

Con fecha 9 de junio de 2023 se celebró la audiencia de rigor, interviniendo la abogada Defensora Penal Pública, doña Aileen Kenett Portilla, la abogada doña Paula Chávez Navarro por el Ministerio Público, y por la querellante la abogada doña Camila Morales Sepúlveda, fijándose la audiencia de hoy para dar a conocer la decisión de la Corte.

**CONSIDERANDO:**



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: SEMSXGXXYC

**PRIMERO:** Que el recurso se sustenta en la causal que contempla el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, norma que dispone que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y la sentencia *“cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”*.

En consecuencia, para que el recurso pueda prosperar, se requiere que exista un error en la aplicación de una norma decisoria litis, sea de naturaleza procesal o sustantiva, pudiendo consistir el error, como reiteradamente se ha indicado, en la falta de empleo de la norma pertinente o su empleo indebido o bien, en la aplicación de una norma impertinente, todo lo cual supone la mantención del núcleo fáctico de la sentencia.

En otros términos, los hechos determinados por los jueces resultan inamovibles para el Tribunal que conoce del recurso, limitándose la discusión al derecho aplicable al caso. El error de derecho implica, pues, una confrontación de la sentencia con la ley que regula el caso.

**SEGUNDO:** Que por vía principal, se sostiene en el libelo que el fallo impugnado incurre en la causal de invalidación citada contenida en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, al aplicar las circunstancias agravantes del artículo 12 N° 6, 12 N° 14, 12 N° 18 y 12 N° 19, todas del Código Penal.

**TERCERO:** Que en pos del recurso, se transcribe el considerando noveno de la sentencia recurrida, en que se establecen los hechos acreditados, a saber:

*“El viernes 23 de abril de 2021, durante la madrugada, Jorge Enrique Donoso Ayala, desde la vía pública ingresó a la casa ubicada en calle Victoria N°1.915, población General Manuel Baquedano, Vallenar, a través del forzamiento y apertura de una puerta de madera ubicada en la parte posterior del predio, la que resultó con la aldaba metálica doblada. Acto seguido, recorrió el patio e ingresó a la morada a través de un espacio en una ventana que estaba tapada con una calamina metálica, la cual forzó y dobló. En el interior se encontraba la moradora Sara Gumercinda Pizarro, con 85 años de edad en ese entonces, quien se encontraba sola en ese momento y con vestimenta para dormir.*

*Jorge Enrique Donoso Ayala registró las dependencias y muebles con la finalidad de sustraer especies. Aquel agredió a la señora Sara Gumercinda*



*Pizarro, causándole, ocasionándole lesiones consistentes, en términos generales, en hematomas antebrazos, hematoma ténporo parietal izquierdo, luxación primera vertebra con occipital, traumatismo toráxico con fractura de costillas, hioides fracturado; agresiones que le ocasionaron su muerte y cuya causa fue un traumatismo cráneo encefálico cervical y toráxico. Una vez fallecida, en el interior de su dormitorio, Jorge Enrique Donoso Ayala envolvió el cuello de Sara Gumercinda Pizarro, ya fallecida, mediante un nylon blanco tipo “pita”, al menos 6 vueltas, generando un vínculo atado con un nudo en la parte anterior del cuello y luego a un fierro horizontal y vertical ubicado en la zona superior de un camarote.*

*Con ocasión de la muerte de Sara Gumercinda Pizarro, Jorge Enrique Donoso Ayala aseguró y aprovechó para sustraer especies desde el interior de la morada, consistente en: dos cilindros de gas; un equipo de música y sus dos parlantes, marca Panasonic y de color negro; un saco de dormir de color azul; dos frazadas de colores gris y café; un saco de color blanco; un bolso de mano de color celeste; un juego de cartas; un libro Nuevo Testamento de color azul; cajas de tamaño mediano con víveres, abarrotes y artículos de aseo de la ofendida; una piscina guardada en una caja; una radio, un xilófono; etc.*

*Luego, Jorge Enrique Donoso Ayala mediante varios trayectos acarreo todas las especies hasta la vía pública por la puerta de acceso posterior ubicada en calle Teniente Merino y las reunió en la intersección de calles Teniente Merino y Antofagasta, ubicado a escasos metros de distancia de la morada de la ofendida, lugar en donde el imputado por su ebriedad cayó al suelo. Posteriormente, alrededor de las 06:15 horas, en dicho lugar fue detenido por Carabineros por estar en la vía pública, estando en manifiesto estado de ebriedad, sin haber obtenido permiso o salvo conducto para habilitarlo en dicho lugar y horario y las especies fueron levantadas e incautadas por Carabineros y depositadas en el Retén Rozas Bugueño de Carabineros.*

*Al momento de la comisión de los hechos descritos, Jorge Enrique Donoso Ayala permanecía libre por haber sido beneficiado por la libertad condicional de la condena dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó el 12 de noviembre de 2008 en causa RIT N°105-2008,*



*correspondiente a la pena corporal de 17 años de presidio mayor en su grado máximo y accesorias legales”.*

En seguida, se desarrolla en el libelo, en forma particular, lo concerniente a la errada aplicación del derecho que reprocha, respecto de cada agravante.

A) Artículo 12 N° 6 del Código Penal “Abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa”: refiere que el abuso de superioridad de fuerzas o sexo se da en la comisión de la generalidad de los delitos, siendo inherente a su configuración, de lo que se colige la evidente violación al principio *non bis in ídem* que establece el artículo 63 del mismo Código.

Añade que en el caso *sub lite*, no resultó acreditado que la situación de superioridad fuere buscada o aprovechada intencionalmente por el encartado, con el propósito deliberado de prevalerse de ella, no pudiendo concurrir la agravación cuando la superioridad de las fuerzas es inherente al delito cometido, puesto que de lo contrario el homicidio no podría haberse llevado a cabo.

Asimismo, argumenta que dicha circunstancia racionalmente implica aprovecharse del más débil y dado el contexto biológico y físico en que el encausado cometió el homicidio, en comparación con la víctima, todo indica que se trata de un elemento propio del tipo penal en que se encuadraron finalmente los hechos acreditados.

De otro lado, destaca que el desconocimiento de las alternativas concretas en las que el agente desplegó su conducta homicida, impedirían ponderar si aquellas circunstancias eventuales fueron tenidas especialmente en consideración para actuar, vislumbrándose de la prueba rendida que se empleó la fuerza necesaria para terminar con la vida de la ofendida, como describe la acusación, apreciándose un uso, más no un abuso de los elementos en cuestión, siendo la superioridad de fuerzas circunstancial.

Además, sostiene que no surge de los antecedentes del proceso el elemento subjetivo debe concurrir, que se refiere a la evaluación por parte del autor de su superioridad de fuerzas y determinar ese elemento como decisorio para el delito.



B) Artículo 12 N° 14 del Código Penal “Cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento”: como primer aspecto, destaca que la oportunidad procesal para alegarla corresponde a la audiencia de determinación de penas, regulada en el artículo 343 del Código Procesal Penal, ya que no es una circunstancia propia del hecho, como tampoco lo son las establecidas en los N°15 y N°16 del artículo 12 del Código Penal, que tratan la reincidencia específica y genérica, cuya aplicación se solicita en la audiencia de determinación de penas.

En esa línea, indica que la agravante contemplada en el artículo 12 N°14, es un tipo de reincidencia, denominada reincidencia impropia o ficta, por lo cual debe también alegarse en la audiencia regulada en el artículo 343 del Código Procesal Penal, como se hace con las demás reincidencias.

Sin embargo, indica que en el presente juicio no se abrió debate respecto a esta agravante en la audiencia respectiva, ya que se acogió antes, porque la fiscalía solicitó su aplicación en la clausura, lo que procesalmente no corresponde.

De otro lado, sostiene que debió rechazarse su concurrencia, aplicando el principio de especialidad, ya que cometer un delito mientras se está cumpliendo una condena, en este caso, una libertad condicional, tiene consecuencias jurídicas reguladas en el Decreto Ley N° 321, que Establece la Libertad Condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, cuyo artículo 7° -que transcribe- otorga a la Comisión de Libertad Condicional la potestad para decidir la continuidad o revocación de la misma, de manera que –prosigue- dentro de ese ámbito regulado especialmente es que deben circunscribirse tales consecuencias jurídicas.

Adicionalmente, luego de algunas consideraciones históricas y doctrinarias, sostiene que esta circunstancia agravatoria vulnera el principio de igualdad ante la ley, ya que frente a iguales hechos se impondrían sanciones distintas, por la sola circunstancia de que una persona ha cometido delitos con anterioridad, tomando en cuenta antecedentes ajenos a los que motivan la sanción y sin atinencia con la culpabilidad.

C) Artículo 12 N° 18 del Código Penal: “Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no haya provocado de suceso”, y



artículo 12 N° 19: “Ejecutarlo por medio de fractura o escalamiento de lugar cerrado”: afirma que las mismas descansan en hechos que fueron necesariamente considerados para tener por acreditado el delito del artículo 433 N°1 del Código Penal, con los cual los juzgadores infringieron –una vez más- el artículo 63 del Código Penal, que recoge el principio *non bis in ídem*.

Argumenta también, que la primera agravante mencionada, cuyo plus de disvalor se explica en el ataque contra la libertad de morada, fenece desde que las altas penas del robo con homicidio comprenden y tornan inherente al tipo penal en cuestión el ataque a la morada de la víctima, por expreso mandato del artículo 453 del Código Penal, que establece que cuando se reunieren en un hecho varias de las circunstancias a que se señala pena diversa según los párrafos precedentes, se aplicará la de las circunstancias que en aquel caso particular la merezcan más grave.

Indica que lo anterior aplica a la agravante de responsabilidad del artículo 12 N°19, respecto de la cual ya ha existido un reproche penal, que en este caso, resulta doblemente valorado, al acoger ambas agravantes de manera conjunta.

En esa línea, sostiene que si la elevada pena asignada al robo con homicidio de acuerdo al artículo 453 del Código Penal comprende incluso las circunstancias del artículo 440 N°1 del mismo Código, es decir, ingresar al lugar habitado mediante escalamiento, por un simple razonamiento *a fortiori*, es obligatorio que, con mayor razón, comprende el ingreso del acusado a la morada de la víctima.

Asimismo, indica que, como todas las agravantes, su concurrencia debe ser interpretada, examinada y decidida desde la perspectiva del plus de disvalor que agrega a la conducta desplegada por el agente, y no como se aplica por el Tribunal de la instancia, en forma objetiva, solo constatando que los sucesos ocurrieron en la morada de la ofendida y que ésta no haya provocado el suceso, lo que por cierto vulnera el principio de culpabilidad.

Refiriéndose a la influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, afirma que de haberse rechazado las agravantes de los numerales 6°, 14°, 18° y 19° del artículo 12 del Código Penal, la pena aplicada debería ser menor, por lo que petitiona que sea acogida esta causal principal y según lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se invalide sólo la sentencia recurrida y se dicte, sin nueva audiencia pero separadamente, fallo de



reemplazo que condene al acusado Jorge Enrique Donoso Ayala a la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo por el delito de robo con homicidio consumado y accesorias legales, sin perjuicio de otra pena menor a la impuesta en la sentencia recurrida y que esta Corte disponga conforme a derecho.

**CUARTO:** Que en forma subsidiaria, invoca la misma causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por aplicación errada en el fallo del artículo 68, en relación con el artículo 449, ambos del Código Penal.

Transcribe el fundamento décimo quinto, que señala:

*“DÉCIMO QUINTO: En cuanto a la determinación de la pena privativa de libertad.*

*1. Que, la pena privativa de libertad asignada al delito de robo con homicidio, es presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.*

*En este caso concreto, no concurren atenuantes y, por el contrario, se configuran cuatro circunstancias agravantes. Luego, conforme a lo previsto en el inciso 4° del artículo 68 del Código Penal, el tribunal podrá imponer la inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley. Dado que conforme a la Escala Número 1, contemplada en el artículo 59 del aludido código, no existe una pena superior a presidio perpetuo calificado, de acuerdo al tenor literal del inciso 2° del artículo 77 del Código Penal, “Si no hubiere pena superior en la escala gradual respectiva, se impondrá al presidio perpetuo. Sin embargo, cuando se tratare de la escala número 1 prevista en el artículo 59, se impondrá el presidio perpetuo calificado.*

*Atento a la norma jurídica reproducida del artículo 77 del código referido, en esta situación concreta sometida al conocimiento de este tribunal, únicamente es posible aplicar la pena de presidio perpetuo calificado, más las penas accesorias pertinentes”.*

Afirma que el error denunciado se comete en el proceso de determinación de la pena, porque los jueces impusieron la de presidio perpetuo calificado por un delito robo con homicidio, del artículo 433 N°1 del Código Penal, realizando una interpretación del artículo 68 inciso 4° del Código Penal, relacionándolo con los artículos 59 y 77 del Código Penal, en circunstancias que resultaba aplicable la norma del artículo 449 del Código



Penal, modificado por la Ley N° 20.931, de 5 de julio de 2016, estableciendo un régimen especial en la determinación de la pena.

Así las cosas –continúa-, se estableció que, para la regulación de la pena de los ilícitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan: *“1° Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia”*.

En ese orden de consideraciones, precisa que al hacer inaplicable la Ley N°20.931 el artículo 68 del Código Penal, para el delito de la especie, constituye una ley penal más favorable, pues la sanción que trae aparejada el ilícito, sin importar la cantidad de modificatorias, solamente permite definir la pena dentro del marco fijado por la ley en la tipificación del delito, esto es, presidio mayor en sus grados máximo a perpetuo calificado, considerando para ello las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, sin la posibilidad de rebaja o aumento en grados, debiendo fundamentarse la pena a aplicar conforme a los criterios establecidos en la norma.

Por lo anterior –prosigue- resulta del todo equivocada la conclusión del tribunal a quo, desde que la norma a aplicar en el caso en concreto no era el artículo 68 inciso cuarto del Código Penal, sino el artículo 449 N°1 del mismo cuerpo legal, requiriendo necesariamente, de una aplicación discrecional fundada y no una aplicación de pleno derecho, como ocurrió en el caso en particular.

En cuanto a la influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, sostiene que el error llevó a imponer al recurrente una pena superior a la que legalmente corresponde, al aplicar presidio perpetuo calificado, y devino en que el Tribunal de la instancia estimase innecesario fundamentar lo relativo al *quantum* de la pena, dentro del tramo establecido en la ley.

Asevera que de haber efectuado una correcta aplicación del derecho, el tribunal debería haber concluido en la aplicación de una pena mucho menor, por tratarse de un ilícito contemplado en el artículo 449 del Código



Penal, por lo que pide que se acoja el recurso de nulidad, por esta causal subsidiaria y, según lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se invalide sólo la sentencia recurrida y se dicte, sin nueva audiencia pero separadamente, fallo de reemplazo de conformidad a la ley, disponiéndose que se condena al sentenciado a la pena única de presidio perpetuo simple, en conformidad al artículo 449 del Código Penal, por el delito de robo con homicidio consumado y, a la pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida del penado y la de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el *máximo* que establece el Código Penal, sin perjuicio de otra pena menor a la impuesta en la sentencia recurrida y que esta Corte disponga conforme a derecho.

**QUINTO:** Que respecto del primer capítulo de invalidación, vinculado a las agravantes consignadas en los numerales 6°, 18° y 19° del artículo 12 del Código Penal, la profesional recurrente denuncia, en síntesis, que no concurren los elementos que conforman la primera y –respecto de todas- que al darlas por establecidas, el tribunal a quo ha infringido el principio *non bis in idem*, reconocido en el artículo 63 del mismo Código, desde que los hechos en que se hacen consistir resultan inherentes al delito mismo.

En esa línea, reclama que no se acreditó el elemento subjetivo respecto de la establecida en el numeral 6°, en cuanto a haber buscado el hechor abusar de la superioridad de fuerzas o sexo para cometerlo, en tanto que respecto de las de los numerales 18° y 19°, razona adicionalmente que la alta penalidad del delito de robo con homicidio, conforme dispone el artículo 453 del Código Penal, impide su verificación, al entenderse comprendida la figura del artículo 440 N° 1 del mismo Código, es decir, ingresar a lugar habitado mediante escalamiento, por un simple razonamiento *a fortiori*.

Por su parte, solo acerca de la circunstancia del N° 14 del artículo 12 del Código Penal, reprocha la oportunidad en que el tribunal decide su concurrencia y seguidamente, la efectividad de tener por establecida la misma, desde que el D.L. 321, norma especial, determina las consecuencias jurídicas para quien delinque durante la vigencia del beneficio de Libertad Condicional.



**SEXTO:** Que, preliminarmente, debe dejarse asentado que no existe cuestionamiento por parte de la defensa acerca de la existencia de los presupuestos fácticos que el tribunal dio por acreditados, en el fundamento noveno, anteriormente transcrito.

Solo se cuestiona que de los mismos se puedan extraer legalmente las hipótesis agravatorias señaladas, discrepando de las conclusiones jurídicas de los juzgadores al respecto, las que se contienen en el fundamento décimo, apartado N° 5, según se pasa a analizar.

**SÉPTIMO:** Que respecto de la presunta infracción al artículo 12 N° 6 del Código Penal, la citada norma establece que:

“Son circunstancias agravantes:

6.° Abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa”.

Luego, respecto de la superioridad de fuerzas del sentenciado con relación a la víctima, se consigna en el apartado 5 del fundamento décimo del fallo (página 73) “...*al comparar las características físicas de la víctima, una mujer de 85 años, de baja estatura y peso ligero, sin duda que se va encontrar en una muy evidente disparidad de capacidad física para enfrentar al acusado, que era un hombre joven de sólo 35 años, lo cual se reflejó en el resultado de la agresión que sufrió, donde la víctima terminó con gravísimas lesiones en su cabeza y en el tórax, que se tradujeron en su muerte, y, en cambio, el imputado resultó sin lesiones...*”.

Más adelante, añaden los sentenciadores que “*Esta notable disparidad de fuerzas es una situación que hace más reprochable la conducta del imputado y esa mayor censura la recoge el legislador a propósito de la agravante prevista en el artículo 12 N° 6, que dispone “Abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa”.*

Conforme a lo señalado, a juicio de esta Corte, se concluye que efectivamente las circunstancias fácticas objetivamente acreditadas reflejan, sin lugar a dudas, la evidente desproporción entre víctima y victimario, lo que conduce a dar por establecido que el hechor no usó solo la fuerza inherente al delito, como se afirma en el recurso, sino que existió un abuso de ella, en



los términos establecidos en el artículo 12 N° 6 del Código Penal, justificándose así la agravación contenida en dicha norma.

De otro lado, acerca del elemento subjetivo, consistente –al decir de la defensa- en que el autor debe evaluar su superioridad de fuerzas y determinar ese elemento como decisivo para el delito, cuya falta de acreditación en el proceso reclama, cabe consignar que los mismos sentenciadores disipan todo viso de incertidumbre en su reflexión final, al señalar que *“si la idea del imputado era sustraer especies no era necesario que golpeará en forma tan enérgicamente desmedida en la cabeza y tórax de la víctima, que resultó con cinco costillas fracturadas, lo que exhibe la brutal agresión física que sufrió, innecesariamente, la víctima para vencer cualquier tipo de oposición que, imaginariamente, pudo haber intentado realizar, lo que viene a confirmar que la intención del acusado no fue únicamente lesionar a la víctima, si no matarla (sic).”*

En seguida, respecto a la pretendida infracción del artículo 63 del Código Penal, no se advierte de qué forma ello acontece puesto que la citada norma exige que el elemento agravatorio sea “de tal manera inherente al delito” que sin su concurrencia no pueda cometerse, y en la especie se establecieron circunstancias fácticas específicas que exceden dicho parámetro, verbigracia la entidad de las lesiones resultantes de la agresión consistentes, en términos generales, en hematomas antebrazos, hematoma ténporo parietal izquierdo, luxación primera vertebra con occipital, traumatismo torácico con fractura de costillas, hioides fracturado, lo anterior según se ha dado por establecido en el fundamento noveno del fallo que se revisa, agresión efectuada en contexto de superioridad.

**OCTAVO:** Que, respecto de las agravantes de los N°s 18 y 19 del artículo 12 del Código Penal, la referida norma establece:

“Son circunstancias agravantes:

18. ° Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no haya provocado el suceso.

19. ° Ejecutarlo por medio de fractura o escalamiento de lugar cerrado.”

Se indica en el recurso que los hechos que les sirven de sustento son los mismos previamente considerados para tener por acreditado el delito del



artículo 433 N°1 del Código Penal, infringiéndose el artículo 63 del Código Penal, que recoge el principio *non bis in ídem*.

Sobre esta alegación, cabe indicar que el fundamento noveno del fallo impugnado -transcrito en el recurso y replicado en el fundamento tercero que precede-, efectivamente, en su descripción fáctica consigna que el encartado *“...desde la vía pública ingresó a la casa ubicada en calle Victoria N°1.915, población General Manuel Baquedano, Vallenar, a través del forzamiento y apertura de una puerta de madera ubicada en la parte posterior del predio, la que resultó con la aldaba metálica doblada. Acto seguido, recorrió el patio e ingresó a la morada a través de un espacio en una ventana que estaba tapada con una calamina metálica, la cual forzó y dobló.”*

Tales actos –ingresar a la morada de la víctima mediante escalamiento-, no cuestionados en el recurso, satisfacen objetivamente los presupuestos de las agravantes citadas. Sin embargo, ellos no describen el delito, sino que constituyen aspectos conexos que integran la modalidad comisiva, cuya valoración a título de modificatoria no se encuentra proscrita.

Ahora, en cuanto a la eventual infracción al artículo 453 del Código Penal, dicha norma establece “Cuando se reunieren en un hecho varias de las circunstancias a que se señala pena diversa según los párrafos precedentes, se aplicará la de las circunstancias que en aquel caso particular la merezcan más grave, pudiendo el tribunal aumentarla en un grado.”

La citada norma reglamenta la determinación de la pena en presencia de un concurso de calificantes (o agravantes), disponiendo que el tribunal deberá imponer la pena correspondiente a la circunstancia más grave, pudiendo aumentarla en un grado.

Don Mario Garrido Montt ejemplifica su aplicación práctica, planteando que coexistan en un mismo hecho escalamiento de una casa habitación (fuerza en las cosas) y lesiones al propietario (violencia en las personas), debiendo en tal caso preferirse esta última circunstancia, porque tiene asignada una pena más alta, la que a su vez se puede aumentar en un grado (Derecho Penal. Tomo IV. Parte especial, Editorial Jurídica de Chile, edición año 2000, página 254).

Igualmente en el libro Curso de Derecho Penal, Tomo IV, Parte Especial, de los profesores Vivian Bullemore y John MacKinnon se contiene un razonamiento similar, al señalar que el referido artículo 453 establece una



regla que dice relación con la concurrencia de varias circunstancias agravantes, en cuyo evento el tribunal aplicará la pena correspondiente a la circunstancia más grave, pudiendo aumentarla en un grado, debiendo entender que la más grave es la circunstancia particular y las demás tendrían un valor subsidiario, planteando una hipótesis que el profesor Alfredo Etcheberry pone de ejemplo, a saber “Si concurren las circunstancias propias del hurto calificado y además alguna forma de fuerza en las cosas y violencia en las personas, se impondrá la pena correspondiente al robo con violencia o intimidación en las personas (que es la agravante que conlleva mayor pena), y el tribunal podría aumentarla en un grado (regla facultativa).” (Curso de Derecho Penal, Tomo IV, Parte Especial, de los profesores Vivian Bullemore y John MacKinnon, 5ª. Edición actualizada, Ediciones Jurídicas de Santiago, página 87).

**NOVENO:** Que en la especie, efectivamente, los sentenciadores constataron la concurrencia simultánea de diferentes circunstancias agravatorias de la responsabilidad penal, entre ellas, las de los N°s 18 y 19 del artículo 12 del Código Penal.

Asimismo, las citadas circunstancias podrían configurar por sí mismas el ilícito del artículo 440 N° 1 del Código Penal (robo en lugar habitado con escalamiento); sin embargo, este último resulta desplazado (o absorbido) por cuanto los hechos que en el fundamento noveno se han tenido por acreditados dan cuenta de la comisión de la figura agravada descrita en el artículo 433 N° 1, esto es, robo con homicidio, que es en definitiva la sancionada en el fallo, dando así aplicación a la citada regla del artículo 453, norma que adicionalmente permite aumentar en un grado la pena.

De esta forma, al igual que se razonó en la motivación séptima, tampoco se divisa infracción al artículo 63 del Código Penal, desde que no existe impedimento para establecer, a partir de la ejecución de los actos que el tribunal tuvo por establecidos, las agravantes de que se trata, por cuanto el ataque a la morada de la víctima, con escalamiento, no es un elemento agravatorio que sea “de tal manera inherente al delito” que sin su concurrencia no pueda cometerse,

**DÉCIMO:** Que finalmente, respecto de la circunstancia del N° 14 del artículo 12 del Código Penal y los cuestionamientos acerca de la oportunidad en que el tribunal decide dar por establecida su concurrencia y, en cuanto al



fondo, la pretensión de desestimarla por resultar privativo de la norma especial, el D.L. 321, determinar las consecuencias jurídicas para quien delinque durante la vigencia del beneficio de Libertad Condicional, si bien puede compartirse el planteamiento de la defensa en lo tocante a la eventual transgresión de las normas procedimentales, sin embargo tal defecto de tramitación no es revisable por la causal esgrimida, sino la correcta aplicación del derecho, respecto de una norma *decisoria Litis*, lo que en la especie no acontece.

De otro lado, la alegación de improcedencia en base a la reglamentación especial contenida en el D.L. 321 no resulta atendible desde que la misma corresponde a una reglamentación meramente administrativa, que no excluye los efectos penales que la comisión de un hecho ilícito pudiere derivar para el sujeto a quien se otorgó dicho beneficio.

**UNDÉCIMO:** Que en consecuencia, no habiéndose incurrido en error de derecho, en los términos planteados en el recurso, deberá rechazarse, en lo que concierne a este primer capítulo de invalidación.

**DUODÉCIMO:** Que en subsidio, el recurso discurre acerca del error en la determinación de la pena, por no haberse hecho aplicación de la normativa especial aplicable al delito juzgado, a saber, el artículo 449 del Código Penal, modificado por la Ley N° 20.931, según se reseña en el fundamento tercero que precede, cuya influencia sustancial en lo dispositivo del fallo se advertiría al constatar que el mismo condujo a imponer al sentenciado una pena superior a la que legalmente corresponde, estimando los jueces innecesario fundamentar lo relativo al *quantum* de la misma.

**DÉCIMO TERCERO:** Que para resolver este segundo motivo de invalidación, es útil recordar que el artículo 433 del Código Penal, situado en el Párrafo II del Título IX de su Libro Segundo, previene, en lo que interesa, que:

“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 máximo a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio o violación”.



A su turno, el artículo 449 del mismo cuerpo legal prescribe, en lo pertinente al recurso de autos, que:

“Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 ter, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan:

1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.”

**DÉCIMO CUARTO:** Que conforme a la normativa legal aplicable, citada en la consideración precedente, contrastada con aquella citada en el fundamento décimo quinto del fallo de base, se colige que efectivamente se ha incurrido en el error de derecho que se denuncia.

Sin embargo, no resulta comprobado que el mismo haya tenido influencia sustancial en la determinación de la pena impuesta, puesto que esta última se encuentra dentro de los márgenes establecidos para el delito de robo con homicidio, objeto del juzgamiento, cuyo marco rígido permite llegar a la pena de presidio perpetuo calificado aplicada en concreto, desde que no concurre a favor del sentenciado minorante de responsabilidad alguna, y sí le perjudican cuatro circunstancias agravantes –como razonaron los sentenciadores a quo-, ponderándose la entidad de las mismas en los extensos razonamientos que se contienen en el acápite 5 del fundamento décimo del fallo, a pesar de no argumentar en forma particular acerca de la extensión del mal causado.

**DÉCIMO QUINTO:** Que por consiguiente, teniendo en consideración que en el presente caso no ha existido una errónea aplicación del derecho respecto del capítulo principal, en tanto que respecto del subsidiario, el error carece de la sustancialidad exigida por la causal invocada, la solicitud de nulidad por el motivo establecido en el artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal, no puede prosperar.

Por estas consideraciones y en conformidad, además, con lo que disponen los artículos 372, 373, 378 y 384 del Código Procesal Penal, **SE**



**RECHAZA** el recurso de nulidad deducido por doña **Náyade Cifuentes Briceño** Defensora Penal Pública, en representación del condenado don **Jorge Enrique Donoso Ayala**, en contra de la sentencia definitiva pronunciada con fecha diez de mayo de dos mil veintitrés, dictada por la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, integrada por los Jueces señor Juan Pablo Palacios Garrido, quien presidió, señora Miriam Pérez González (S) y señor Alfonso Díaz Cordaro, declarándose que ella no es nula.

Regístrese, comuníquese y dese a conocer a los intervinientes, sin perjuicio de su notificación por el estado diario.

Redacción de la Fiscalía Judicial (S) Anita Maluenda Hernández.

R.U.C. N° 2110020028-4

RIT N° 230-2022

N°Penal-293-2023.



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: SEMSXGXXYC

Pronunciada por la Ministra señora Aida Osses Herrera, Ministro (I) señor Rodrigo Cid Mora y Fiscal Judicial (S) señora Anita Maluenda Hernández. No firma la señora Maluenda por haber cesado sus funciones como Fiscal (S) en esta Ilma. Corte, no obstante haber concurrido a su vista y acuerdo. Copiapó, veintinueve de junio de dos mil veintitrés. Se deja constancia que el señor Cid firma la presente sentencia como Fiscal Judicial (S), cargo que actualmente sirve, sin perjuicio de haber concurrido a su vista y acuerdo como Ministro (I), cuyo nombramiento cesó.

En Copiapo, a veintinueve de junio de dos mil veintitres, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica  
y su original puede ser validado en  
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: SEMSXGXXYC