

Rit 88-2021

Rancagua, diez de mayo de dos mil veintiuno.

Vistos, oídos, y Considerando.

PRIMERO: Individualización del tribunal, de los intervinientes y de la causa. Que ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, constituido por el Juez Presidente don Sergio Enrique Allende Cabeza, y por los magistrados doña María Esperanza Franichevic Pedrals, y don David Eduardo Gómez Palma, se llevó a efecto audiencia de juicio oral mediante la aplicación Zoom en la causa Rit 88-2021, seguida contra de **Felipe Enrique Gálvez Durán**, cédula de identidad N° 19.588.505-2, 24 años, nacido el 27 de octubre de 1996, soltero, mantención en Agrosuper, y de **Sergio Eduardo Gálvez Durán**, cédula de identidad 18.834.128-4, nacido el 06 de mayo de 1994, 26 años, soltero, temporero, ambos domiciliados en calle Santa Irene N° 175, comuna de San Francisco de Mostazal

Sostuvo la acusación del Ministerio Público el Fiscal don Pablo Muñoz Leyton, en tanto que la defensa de los acusados estuvo a cargo de los Defensores Penales Públicos abogados don Julio Jáuregui Medina y don Ariel Francisco Siu Miranda, ambos con domicilio y forma de notificación registrados en el tribunal.

SEGUNDO: Acusación Fiscal. Que los hechos de la acusación fiscal fueron los siguientes:

“Con fecha 28 de julio de 2020 alrededor de la 23:23 horas el condenado Claudio Enrique Moya Becerra y los acusados Felipe Enrique Gálvez Durán y Sergio Eduardo Gálvez Durán llegaron hasta el inmueble ubicado en Avenida Independencia N°438 de la comuna de San Francisco de Mostazal de propiedad de la víctima de iniciales M.I.B.G., una vez en dicho lugar el acusado Felipe Gálvez Durán procedió a escalar el muro del inmueble

hasta llegar al balcón de la propiedad mientras que el acusado Sergio Gálvez Durán prestaba labores de vigilancia y luego de unos instantes también intenta subir al balcón sin lograrlo a su vez el condenado Claudio Moya prestaba colaboración haciendo labores de vigía, una vez en el balcón de propiedad de la víctima el imputado Felipe Gálvez Durán procedió a romper el cristal de un ventanal, instantes en que fue sorprendido por la víctima que se encontraba al interior del inmueble, al percatarse de la presencia de moradores los tres imputados huyen en dirección desconocida”.

A juicio de la Fiscalía los hechos descritos son constitutivos del delito de robo en lugar habitado, previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1 del Código Penal, encontrándose el delito en grado de frustrado, y haciendo presente que no existen circunstancias modificatorias para ambos acusados, por lo que solicita que se les imponga una pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales, las costas de la causa, y que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 19.970 se disponga la toma de muestra del acusado para incorporar su registro de ADN al registro que lleva al efecto el Servicio de Registro Civil.

TERCERO: Alegatos de apertura: Que el **Fiscal** solicitó un veredicto condenatorio en atención a la prueba que va a rendir, que dice relación con la existencia del delito y la participación de los imputados, valiéndose de prueba testimonial y audiovisual, escuchándose a la víctima, funcionarios de carabineros y testigos protegidos en la forma sobre cómo ocurrieron los hechos, lo que será apoyado por prueba audiovisual.

El **Defensor** Julio Jáuregui en su alegato de apertura argumentó que sólo podrá probarse que un grupo de jóvenes en estado de ebriedad y bajo los efectos de estupefacientes, mientras circulaban por las calles de San Francisco de Mostazal, solo hicieron lo que las personas ebrias y bajo los efectos de las

drogas realizan, esto es tomar malas decisiones. Hace presente que la Fiscalía no va a poder demostrar que acá hay algún tipo de concierto para poder vincular las acciones que son parte de la acusación, se quiere hacer creer al tribunal que hubo algún grado de planificación en la que existían roles determinados para cada uno de los presuntos responsables con la finalidad de poder concretar este ilícito, pero lejos de ello cada uno de los acusados ejecutaron actos independientes cuando se producen los hechos. El persecutor señala que un sujeto realizó un escalamiento con la finalidad de apropiarse de cosas muebles ajenas con ánimo de lucro usando fuerza en las cosas, en este caso con escalamiento, de acuerdo al ilícito por el que se presentó la acusación, mientras el otro sujeto prestaba labores de vigilancia, agregando que este último también intenta subir al balcón y que al percatarse de la existencia de moradores ambos imputados huyen en dirección desconocida, acciones que de acuerdo al relato de los hechos conforman la acusación pareciera estar estrechamente vinculadas, cuando el tribunal vea los tres videos que ofrecidos como prueba va a permitir formar la convicción de que los hechos ocurren de una manera muy diferente.

Es efectivo que Felipe Gálvez realizó un escalamiento y que luego baja del lugar al que accedió, mientras Sergio Gálvez se encontraba observándolo y recriminándolo por desplegar la acción, lo que se va a corroborar con la declaración que prestarán ambos, sin embargo de modo alguno dichas acciones por si solas van a permitir presumir los elementos que configuran un delito de robo en lugar habitado como cualquier otra figura típica diversa.

En relación con la única conducta común, esto es desplegada por ambos acusados y señalada en la acusación, esto es que los imputados huyeron del lugar, ello no es así, porque al finalizar la acción de escalamiento de Felipe Gálvez se van caminando tranquilamente, lo que da cuenta aún mas que no

nos encontramos en presencia de personas que hayan planificado y concretado previamente un ilícito, y el verbo “huir” según las dos acepciones de la Rae tiene la característica de que algo se aleja de una cosa de prisa o velozmente, lo que no ocurre en este caso, porque ambos mantienen el mismo ritmo de marcha que llevaban antes de desplegar la conducta como con posterioridad, incluso al momento de la detención, por tanto lejos estamos de una posibilidad de huida.

Respecto de la conducta desplegada por Felipe Gálvez ella obedece sólo a una acción temeraria, quien en su fuero interno quería demostrarles a sus compañeros que estaba en condiciones de realizar cualquier tipo de acción, y tomó la decisión de escalar un balcón, sin poder prever que correspondía a un lugar habitado, y de esa conducta tampoco puede desprenderse que tuviera como finalidad la apropiación de bienes muebles con ánimo lucrativo, y se puede apreciar que el inmueble está emplazado en la avenida principal, donde la gran parte de estos corresponde a locales comerciales, por lo que no había la intención de afectar la seguridad individual de algún morador, ni siquiera puede indicarse que había la intención de apropiarse de bienes ajenos, puesto que de haber sido esta la intención no habrían buscado la forma más difícil para acceder a dicho lugar, teniendo presente que la entrada principal estaba protegida solo con una cortina metálica y no hay ningún intento de forcejeo previo sobre esta, descartándose así la existencia del ilícito por la que se presentó la acusación como la del artículo 442 del Código Penal. También se descarta la figura ilícita de violación de morada, atendida la existencia de solo locales comerciales en el sector, por lo que no podía presumirse que el balcón al que estaban accediendo formara parte de un inmueble protegido jurídicamente por la figura del artículo 144 del Código Penal, puesto que requiere conocer que se encuentra en presencia de una morada ajena, lo que de

modo alguno podía prever su representado, y en el caso que se entendiera que debía existir dicho conocimiento, no puede sostenerse que un balcón que no se encuentra con medidas de protección y que además el acceso al interior del inmueble se encuentra limitado por un ventanal que divide la morada de sus dependencias exteriores, corresponde a una morada, siendo un requisito indispensable para la configuración del ilícito, la existencia de elementos que sirvan de obstáculo más o menos efectivo para el acceso de terceros, y por el solo hecho de encontrarse en ese mismo lugar no se ve afectado de modo alguno el bien jurídico protegido por el delito de violación de morada, esto es la intimidad.

Finalmente respecto a la fractura de un ventanal tampoco se puede arribar a una condena por un eventual delito de daños, porque la acusación no señala el valor del objeto dañado, lo que debió ser materia de la formalización en su momento, no pudiendo soslayarse en esta etapa procesal porque afectaría el principio de congruencia. Por todo lo anterior la acusación no puede prosperar respecto de Felipe Gálvez Durán.

Respecto del acusado Sergio Gálvez Durán, quien estaría prestando labores de vigilancia y habría intentado subir al balcón, del video se podrá concluir que no es efectivo que realice dichas acciones, y se podrá observar que llega en compañía de Felipe Gálvez, y en dicho lugar, cuando ve la actitud arriesgada de su hermano, lejos de intentar colaborar con la ejecución de ilícito alguno, lo que hace es reprenderlo para que se baje atendida la condición en la que se encontraba su hermano, ya que estaba en estado de ebriedad y bajo los efectos de estupefacientes, pudiendo ver desde que se inicia la acción de escalar la fachada del inmueble a Sergio Gálvez realizando un claro gesto con la mano, en el que se expresa dicho reproche, además es la única forma en que se puede ver esta situación debido a que las cámaras de

seguridad no tienen audio, y se ve que está subiéndose a una estructura de concreto que está a varios metros del inmueble para tener una mayor altura que le permitiera comunicarse directamente con su hermano, y reprenderlo para que se baje, observándose que Sergio en un primer momento se apoya en uno de los pilares que sostiene una especie de toldo retráctil, con la finalidad de mantenerse equilibrado, pero debido a su estado de intemperancia se desestabiliza, y tras sujetarse en parte del armazón que sostiene al toldo cae al nivel de suelo, por lo tanto en modo alguno si intención era subir a dicho toldo ni a balcón alguno, y luego se sube nuevamente a la estructura de concreto, logrando esta vez apoyarse en dicho poste manteniendo el equilibrio durante el resto de la acción, mientras sigue reprendiendo a su hermano para que baje del lugar no perdiéndolo nunca de vista desde el inicio de la acción, además que en ningún momento tras la caída se ve intentando subir nuevamente al balcón, no pudiendo de ninguna manera haberse puesto en peligro la esfera de resguardo de la propiedad. Sobre lo sostenido de que tenía una función de vigilancia, en ningún momento le quita la mirada a su hermano, por lo que difícilmente podría estar prestando este tipo de labores, mas allá de vigilar que su hermano no fuera a sufrir un accidente a consecuencia de su conducta temeraria, lo que no es punible, y que intentara subir al balcón es más inverosímil la tesis fiscal porque en ningún momento se ve la acción imputada y sólo se podrá apreciar que se encuentra apoyado en un pilar y que al perder el equilibrio se afirma en el armazón que sostiene el toldo el que claramente es un elemento distinto del balcón y se encuentra lejos de ese lugar por lo que no puede afectarse de modo alguno la esfera de resguardo del domicilio.

A mayor abundamiento y en el caso de que el tribunal considerara que esa conducta es con la intención de subir al toldo, dicho elemento no es apto para acceder al balcón debido a la materialidad del mismo, se trata de un toldo

retractil según las fotografías, tratándose de una tentativa inidónea que nunca puso en riesgo el bien jurídico atendida la inidoneidad del medio empleado, siendo un toldo plástico bastante frágil como se puede apreciar.

Solicita un veredicto absolutorio.

CUARTO: Declaración del acusado. Que los acusados **Felipe Enrique Gálvez Durán** y **Sergio Eduardo Gálvez Durán**, siendo debida y legalmente informados acerca de los hechos materia de la acusación y advertidos acerca de sus derechos y sobre si deseaban declarar en el juicio, renunciando a su derecho a guardar silencio, optando por declarar.

1.- El acusado **Felipe Enrique Gálvez Durán** expuso que ese día estaban en la casa de un amigo, el Luchito, estaban tomando copete y pastillas, estaban drogándose, y se les acabó el copete, decidiendo salir a ver donde podían comprar más copete y seguir vacilando, decidieron irse del lugar, en el trayecto iban riéndose, burlándose uno del otro, lo venían molestando que era “económico”, que se curaba con poco, se molestaban mutuamente, y cuando van pasando por ese lugar recuerda que sin ellos saber y sin decirle a ellos se sube a la plataforma para demostrarle que de lo tan curao y volao que estaba podía subir a la plataforma para molestarlos, y al subirse para molestarlos sube y estando arriba le gritan “bájate ahuevonao” te vai a caer y te vai a meter problemas, desde arriba les grita “cómo que estoy curado”, ellos le gritan “bájate, bájate”, y al querer bajar recuerda apoyarse en algo, estando abajo lo retan diciéndole que cómo se había subido arriba, y siguieron la trayectoria, burlándose uno al otro, riéndose, recuerda haber cruzado la calle principal y la línea del tren y mucho más allá, cuando iban por la vereda, la policía los detuvo, pensando que era por el toque de queda por la hora en la que andaban pero nunca pensando haber hecho algo malo, la policía los detuvo, recuerda llegar al Hospital y despertar en la comisaría.

A las preguntas del Fiscal señaló que no recuerda la fecha de los hechos, en cuanto al año es malo para la escuela, llegó hasta sexto básico, sabe leer muy poco, y le cuesta lo de los años.

Esto ocurrió como a las once de la noche, estaban en la casa de un amigo tomando pastillas y drogándose, no recuerda la calle donde estaba la casa de su amigo, pero precisa que es cerca de su casa, y el amigo era Luis, le dicen “Luchito”, quien no los acompañó, se quedó en su casa.

Reconoce haber escalado una plataforma, recuerda ir pasando por la calle y se subió para demostrar lo curado que estaba, que tan “económico” no era.

Esto ocurrió en San Francisco de Mostazal.

Exhibido el video N° 1 señala que se ven tres personas, las que identifica como Claudio Moya, Sergio Gálvez y el. En su caso está con polerón negro, luego rectifica que es quien tiene polerón plomo y zapatillas rojas; la persona que se encuentra al medio es su hermano Sergio y luego rectifica que es Claudio Moya, y el otro es su hermano Sergio, el que está con la cara tapada. No recuerda haber apuntado a algún lugar. En ese momento estaba ebrio y drogado. Estaba mareado, estaba muy mareado, drogado. Es la plaza de San Francisco Mostazal, y hacia donde camina es hacia el lugar que escaló. Los tres habían tomado lo mismo y se habrían drogado igual, en la broma le decían que era el más “económico”, pero habían tomado y drogado lo mismo.

Exhibido el video N° 2 señala que aparece en el, vienen caminando desde la plaza, a su espalda está la plaza, y hasta donde ocurren los hechos hay un poco menos de una cuadra, cuando se le muestra el momento en que levanta la mano no recuerda lo que estaba haciendo, niega apuntar hacia arriba con su mano. Reitera que aparece más adelante en el video, y que no recuerda

bien lo que estaba haciendo, le gritaron que estaba curado, no sabe si estaba mirando hacia la ventana o calle, le gritaban “bájate ahuevona que te vai a caer”, pero no escuchó a nadie del interior, cuando aparece caminando no recuerda haber mirado hacia atrás, señala estar caminando normal, precisando que caminaban hacia la línea del tren.

Exhibido el video N° 3 señala que aparece el, su hermano y su amigo, en su caso era el de polerón plomo. No recuerda qué era lo que conversaban. Reconoce que el estaba saltando, y que llegó la policía, quienes los llevaron detenidos por andar a esa altura de la noche.

Se le exhibe un set fotográfico que las describe según el siguiente detalle:

Foto 1: Se ve un balcón, no lo reconoce como el balcón que escaló, recuerda haberse subido a una plataforma.

Foto 2: No recuerda ni reconoce algo.

Foto 3: No recuerda como era, sólo recuerda haber subido a la plataforma.

Foto 4: No recuerda como era el balcón en si.

No recuerda haber quebrado el vidrio de la ventana, tampoco que haya intentado abrir el ventanal, en ningún momento quiso abrir. No sabe por qué se quebró el ventanal. No recuerda cuanto rato estuvo en el balcón.

Interrogado por la Defensa señala que estaban en la casa de un amigo, el hermano mas chico, su papá y la señora del Luchito, estaban los cuatro, estaban tomando, tomaron pastillas, se drogaron. Las pastillas que estaban tomando era clonazepam.

Exhibido el tercer video señala que se dirigen a una población nueva que hicieron hace poco tiempo, donde estaban otros amigos de ellos. De las tres personas en su caso es el de polerón plomo. Está bromeando con su

hermano, molestando, y el video demuestra que mueve hartos las manos, siendo muy gestual en su relación con sus amigos.

Señala que al momento de la detención “se ganaron” a la pared.

2.- El acusado **Sergio Eduardo Gálvez Durán** exhortado a decir verdad expuso que recuerda que estaban tomando en la casa del Lucho, con su hermano y otros más, se tomaron sus pastillas, y se les acabó el alcohol decidiendo ir a comprar más alcohol, recuerda que iban pasando por esa calle y su hermano, sin decirle a nadie, por las de el va y se sube a esa plataforma, le dijo que se bajara, que iba a caerse, recuerda haber visto una “esta” de cemento y fue a subirse para decirle que se bajara, que se iba a caer, y cuando se iba a subir se cae, se para y le dice “bájate weon, te vai a caerte y nos vas a meter en problemas, déjate de armar show” y ahí en ese momento su hermano se baja, recuerda que se fueron caminando, cruzaron la calle, llegaron a la línea del tren, y como a una cuadra los detiene carabineros, quienes les dicen que se tiraran a la pared, y pensaron que por el toque de queda, por la hora en la que andaban.

A las preguntas del Fiscal señala que no recuerda el día ni la hora de cuando ocurrió esto, pero si el 2020, en julio, después de las 10, estaban en toque de queda cuando salieron de la casa.

Estaban en la casa de Luchito, tomaron pastillas y alcohol, recuerda haber tomado clona, clonazepam, y su hermano también ingirió esas pastillas, no recuerda cuántas pastillas se tomaron, fue como una o dos pastillas. Tomaron cerveza, varias cervezas, eran de litro, pero no recuerda cuántas cervezas se tomó, pero más de dos litros, no sabe si su hermano consumió lo mismo o más. Las pastillas las tenía su hermano Felipe.

Salieron a comprar a la botillería pero no sabían cuál estaba abierta, y no se dio cuenta qué hora era, salieron sólo en busca de alcohol, no sabe a qué hora salieron porque no tenía reloj.

Estos hechos ocurren a menos de una cuadra de la plaza.

Exhibido el video N° 2 señala que su persona es el que va último, el de negro. Se queda parado, y le dijo que se bajara, que podía caerse, porque andaba curado, e igual se quedaba callado, e intentó subirse a la “esta” de cemento para decirle que se bajara, y no recuerda por qué se sube, cree que no le escuchaba, y entre donde estaba y el balcón había una distancia de unos de tres metros, no le gritó que se bajara, sólo le decía, pero no lo escuchaba. Cuando en su caso se queda atrás no recuerda qué se quedó haciendo, tampoco recuerda por qué miraba hacia atrás. Luego iba caminando tranquilamente, en ningún momento se apuró, no recuerda haber mirado para atrás, pero dice que mueve la cabeza para atrás.

Cuando su hermano estaba arriba no escuchó la rotura de un vidrio. Le dijo varias veces a su hermano que se bajara, que se podía caer.

Señala que cuando estaba en el balcón su hermano no tenía posibilidad de caerse. No recuerda lo que hablaron.

A las preguntas del **Defensor** se le exhibe la Foto N° 1 y señala que se ve un balcón y la cortina, un basurero y bloques de cemento. No recuerda a qué lugar corresponde la fotografía.

Exhibido el video 2 señala que su acción es subirse al bloque de cemento para decirle a su hermano que se bajara, que podía caer, y que estaba armando puro show.

Estaban buscando alcohol, buscaban una botillería, pero no recuerda a qué botillería iban ir a comprar.

QUINTO: Convenciones Probatorias. Que conforme a lo consignado en el apartado tercero del auto de apertura, los intervinientes no arribaron a convenciones probatorias.

SEXTO: Prueba incorporada al juicio oral. Que con la finalidad de acreditar los hechos contenidos en la acusación fiscal y la participación en ellos del acusado, el Ministerio Público incorporó durante la audiencia de juicio oral, los siguientes medios de prueba:

1.- Declaración testimonial de **M.I.P.G.**, quien legalmente juramentada expuso a las preguntas del **Fiscal** que ese día eran las once de la noche y estaba acostada, sintió un golpe fuerte en su casa y era que le rompieron los vidrios de su ventanal, saltó de la cama, prendió las luces, y vio un tremendo hoyo en los vidrios del ventanal, pero no vio la persona, no supo quién fue, vio los vidrios rotos y que llegaron los señores de la comisaría y de seguridad ciudadana en una camioneta, y los tomaron detenidos, pero a la persona no la vio porque saltó del balcón. Estos hechos ocurrieron en invierno del año pasado, hacía mucho frío. Su casa es de dos pisos, vive en el segundo piso, y los ventanales son grandes, de aluminio con vidrios grandes, y le rompieron los vidrios de un ventanal, en el primer piso tiene otra casa con comedor y cocina, pero en el primer piso no tuvieron acceso a nada. Debajo del balcón y ventana hay un local comercial, lo arrienda, es parte de su propiedad, lo arrienda a un señor que tiene un negocio de venta de alimentos de perro, y en su caso vive en el segundo piso. El ventanal del balcón estaba cerrado herméticamente con los pestillos puestos, y en su caso estaba en su dormitorio. Al lado del ventanal está el living, mientras que su dormitorio está más adentro, está el baño y dos dormitorios que dan con el living, siendo el living lo que separa el ventanal con su dormitorio. Estaba acostada y recién había apagado el televisor, eran como las 11:15, había absoluto silencio, escuchó

ruidos en la vereda abajo, pensó que estaban golpeando la cortina del local, pero no se imaginó que alguien había subido a su balcón a romperle los vidrios, sólo sintió el golpe y saltó de la cama, prendió las luces y las cámaras de la comisaría estaban viendo lo que pasaba en su casa, entonces llegaron inmediatamente Carabineros y la camioneta de seguridad ciudadana.

Cuando se levantó los vidrios estaban roto en el medio, y el “gallo” al tratar de meterse, no sabe lo que hizo, se cortó la mano, había sangre en los vidrios del balcón. La ventana estaba cerrada, rompieron los vidrios, no pudieron abrir la ventana.

Carabineros llegó a su domicilio, entraron con su hijo que estaba ahí, vieron y revisaron todo, y la camioneta de seguridad ciudadana había ya detenido al hechor.

Exhibido un set de fotografías las describe según el siguiente detalle:

Foto 1: Ve el balcón de su casa, la cortina del local de abajo, un basurero que está en la vereda, y los fierros por donde se encaramó el hechor.

Foto 2: Se ve el ventanal roto.

Foto 3: No se exhibe.

Foto 4: El balcón y el ventanal de su casa, que es de aluminio. Se ve bien la rotura del vidrio. Son dos ventanales grandes, es del porte del balcón en cuanto al ancho y de altura llega al techo.

Foto 5: Se ve parte del living de su casa, el sofá, un cuadro en la muralla, y parte del balcón, y el ventanal también se ve, fue el quebrado, también está la estufa, detrás de esa estufa tiene su televisor, es un plasma Sony, no sabe de cuántas pulgadas es, no es tan gran ni chico, tamaño regular.

Su casa está en Avenida Independencia, a media cuadra de la Plaza.

A las preguntas del **Defensor** señaló que tiene 83 años, vive con una nana que la va a cuidar esporádicamente, y con su hijo que vive cerca, pero en su casa vive sola. Si ocupa lentes pero no audífonos.

Reitera que cuando sintió ruidos se quedó sentada en la cama en su dormitorio, pero no atinó a nada porque no pensó que intentaban subirse a su balcón, pensó que estaban golpeando la cortina abajo. Cuando se sentó en la cama no vio a nadie, llamó a carabineros, quienes no le respondían porque estaban mirando las cámaras y sabían lo que estaba pasando en su casa.

El carabinero le indicó que el joven saltó del balcón cuando llegó los de seguridad ciudadana cuando se pararon abajo, y que había saltado con una mano sangrando, porque los vidrios que vio en el balcón estaban llenos de sangre.

En el primer piso arrienda un local comercial, es un negocio de venta de alimentos para perros, tiene patente comercial.

Exhibida la Foto 1 se ve las cortinas del local del primer piso, un basurero en la vereda, arriba se ve su balcón y los fierros por donde escaló el muchacho que intentó asaltarla. Sabe que subió por los fierros porque cuando fue a hacer la declaración a la comisaría, el carabinero le dijo que por ahí se subió el joven, al que vieron por las cámaras. No ha visto ningún video. El local tiene propaganda, esos fierros tenían un toldo que ahora no está, lo sacaron, la foto cree que la sacaron el día de los hechos, se imagina, porque ese día no bajó, no supo más de ese hecho. Donde se ven dos cortinas es el primer piso de su propiedad. Cuando baja de su casa y sale por la puerta ve las cortinas al tiro, por la puerta de entrada de la casa, y donde está el fierro al lado se ve un pedacito de la puerta, está al lado derecho desde donde está mirando la foto.

El ventanal del balcón tiene tres pestillos por dentro, uno arriba, uno al medio, y otro abajo, y esa noche no había ninguno abierto, todas las noches le pone los tres pestillos como rutina y por seguridad.

Después de escuchar los ruidos y la quebradura salió de su dormitorio y prendió las luces, y había sangre en los vidrios del balcón, lo que vio cuando estaba carabineros con ellos, los vidrios tenían manchas de sangre, y un carabinero le dijo que se había roto una mano.

2.- Declaración testimonial de R.T.G.A., quien legalmente juramentado expuso a las preguntas del Fiscal que es operador de cámaras de la Municipalidad y que los hechos ocurrieron el 28 de julio de 2020, la situación más menos comenzó a las 23:30 o 23:32 aproximadamente, en primera instancia se observa a tres personas de sexo masculino caminando hacia el sector de plaza de armas, por el horario ya estaban en toque de queda, estas personas se comunican entre ellos y comienzan a avanzar por Avenida Independencia en dirección al sur por la vereda oriente, hasta la mitad de cuadra aproximadamente, entre la calle Arturo Prat y la calle Santa Julia, sector en el que uno de las tres personas escala un techo que está en un local comercial de comida para perros y a través de eso escala hasta el balcón del domicilio de la afectada, donde por cámara se observa que rompe un vidrio que le da acceso al balcón, hay una segunda persona que intenta escalar también, siendo fallido, resbala, y queda también abajo a la altura de la vereda, y hay un tercero que estaba haciendo la labor de vigilar prácticamente; una vez que la persona que estaba encaramada en el balcón del domicilio del afectado se ve que se enciende una luz desde el interior del domicilio y esta persona desciende desde el balcón, y se van por calle San Francisco de Asís en dirección al poniente, para llegar a calle Manuel Montt, por la cual se trasladan en dirección al sur, información que fue entregada a carabineros de

la subcomisaría de Mostazal, y también a los inspectores municipales que estaban de turno en ese día, quienes llegan al domicilio de la persona afectada y se entrevistan con ella, mientras carabineros daba persecución a las tres personas, y logran darle alcance en la calle Manuel Montt, como una cuadra pasada de la iglesia San Francisco de Asís, donde realizan la detención.

Son cámaras de vigilancia, no tiene mayor información como aspectos específicos, sólo es operador de las mismas. En la Dirección de Seguridad Pública tienen cuatro pantallas grandes, en las que están repartidas 20 cámaras de televigilancia que existen en la comuna. En esta cámara donde se percataron los hechos y donde fueron captados estas personas, es una que permanece las 24 horas con luz de día por lo cual se visualiza claramente las caras, vestimentas de las personas, marcas de ropa, siempre que estén cerca de la cámara, y en este caso puntual estaban cerca de la cámara por lo que fue posible captar los rostros.

Explica que hay ciertas cámaras que en las horas de noche quedan en blanco y negro, lo que implica que cuando uno le hace efecto de zoom enciende una luz infrarroja que permite ver los lugares más oscuros, y esta cámara que está ubicada en plaza de armas, al haber una gran cantidad de iluminación en ese sector la cámara se mantiene siempre en color, lo que facilita ver los detalles como rostros de personas y patentes de vehículo.

En los videos aparecían tres personas de sexo masculino.

Interrogado por el **Defensor** señaló que en septiembre de 2021 cumple dos años como operador de cámara, luego rectifica que no recuerda y tiene enredado el tema de las fechas pero más de un año desde hoy.

Explica que le gusta mucho su trabajo, trata de hacerlo de la mejor manera posible, tiene una memoria fotográfica, y considerando que en esta situación ha transcurrido alrededor de un año también existe la opción dentro

de sus funciones que todas las grabaciones que se realizan con las cámaras de seguridad van quedando el respaldo de los antecedentes que son relevantes, y estos antecedentes si son requeridos pueden ser pedidos al supervisor del área, quien les facilita nuevamente esta información, por lo que vio los videos nuevamente.

Ha visto varios delitos en su función, por lo general diario puede ver dos o tres delitos, generalmente de drogas, en el caso de robos y hurtos pueden ser menos lo que facilita recordar.

Precisa que fue el quien dio aviso a los inspectores municipales, con quienes trabaja con una frecuencia radial, radio que está en la camioneta de los inspectores municipales, y a carabineros les informó vía telefónica, precisando que les dijo que había tres personas en actitudes sospechosas escalando el techo de un local comercial y que a través de este acceden al balcón de un domicilio, donde rompen un vidrio y tratan de ingresar, información entregada a carabineros.

En las imágenes se logra apreciar que rompen el vidrio.

Sobre lo que dijo a carabineros es lo que observó por las cámaras, uno escala, el otro trata de escalar, pero resbala y vuelve a caer a nivel de calle, y el tercero queda efectuando unas labores de vigilancia, por decirlo de alguna manera, ya que se le observa en reiteradas ocasiones estar pendiente del tránsito que pasa por el lugar, o si hubiera concurrido carabineros lo hubiera notado en su momento, y podría haberle dado la información a las otras dos personas que estaban intentando ingresar al domicilio.

Exhibido el video N° 2 señala que no ve muy bien, pero si recuerda que la persona golpea el vidrio que le da acceso al domicilio, en base a lo cual comenta que la persona quiebra el vidrio para intentar ingresar. Sostiene que por la calidad del video no puede precisar en qué minuto exacto se visualiza

cuando rompe el vidrio, ya que es corto de vista y usa lentes ópticos, precisando que en la imagen que se le exhibe no puede ver el momento en que se rompe el vidrio.

3.- Declaración testimonial de Braulio Alfonso Retamal Palma, sargento segundo de la Subcomisaría de Mostazal, quien legalmente juramentado expuso a las preguntas del Fiscal que ese día se encontraba de segundo patrullaje, el 28 de junio de 2020, recepcionaron un comunicado radial, aproximadamente a las 23:40 horas, en el que el suboficial de guardia les manifestó que tres sujetos estarían efectuando un robo en lugar habitado en Independencia a la altura del 438, los que tenían monitoreados con la central cámaras de la comuna de Mostazal, manifestando que un sujeto que estaba escalando al balcón de un domicilio vestía una casaca negra con plomo, un jockey color naranja, y un bolso tipo banana amarillo en el pecho, quien estaba haciendo escalamiento al balcón; el otro sujeto que vestía un polerón negro con capucha, jeans claros, que también intentó subir al balcón pero se cayó, luego realizó labores de vigilancia; y el tercer sujeto vestía un polerón plomo con mangas celestes, y pantalones color café, realizaba labores de vigilancia, los cuales ingresaron al domicilio, se retiraron de este y se dieron a la fuga por calle San Francisco hacia Manuel Montt. Al llegar al lugar se encontraba personal de Paz Ciudadana de la comuna de Mostazal, los que le manifestaron hacia donde se habían dado a la fuga, hicieron el recorrido, y en calle Manuel Montt frente a la altura del 659 se encontraban los tres sujetos con las mismas características entregadas anteriormente por el suboficial de guardia, donde se procede a la detención de estos, se les hace la lectura de sus derechos, y además se les detiene por infracción al artículo 318, posteriormente los trasladaron a la unidad, levantaron fotográficamente el sitio del suceso, y les dieron cuenta al fiscal de turno de esa noche.

Precisa que lo único que vio fue la detención de las personas, después de la detención fueron a tomarle declaración a la víctima, a quien la trasladaron a la unidad, fueron al sitio del suceso donde se encontraba la puerta corredera de vidrio quebrada y tomaron contacto con la víctima, quien manifestó que había visto una sombra al interior del domicilio, que ella prendió la luz, y que ahí se dieron a la fuga. Si vio el ventanal quebrado, lo fijaron fotográficamente.

Exhibida la foto 4 señala que la sacó su acompañante, el carabinero Yerco, y la foto 5 es desde el interior hacia el exterior del domicilio. Estas fotos la sacaron como cinco minutos después de la detención, porque fueron al sitio del suceso y sacaron inmediatamente la fotografía, y a la víctima la trasladaron a la unidad para tomarle declaración porque estaba nerviosa y era una persona de tercera edad.

A las preguntas del **Defensor** señaló que recibió el aviso radia por el suboficial de guardia de la Subcomisaría de Mostazal, quien mantenía contacto con central cámaras, sólo participó de la detención, detuvo a los imputados, y les leyó los derechos. En el sitio del suceso se encontraba Paz Ciudadana indicando hacia donde se habían dado a la fuga, hacia calle San Francisco hacia el poniente, se dieron la vuelta y fiscalizaron a los tres sujetos quienes no opusieron resistencia al momento de su detención. A los imputados se les trasladó en el calabozo del carro policial, sin visibilidad hacia el exterior. Su acompañante sacó el set fotográfico. Cuando le tomaron declaración en la unidad dijo haber visto una sombra, declaración que se la dio a el.

A los imputados fueron trasladados a un centro asistencial, y dos tenían lesiones, uno tenía una herida en una mano y erosiones en una pierna, y el otro estaba sin lesiones, el que realizaba labores de vigilancia, si no se equivoca

Sergio Galvez no tenía lesiones. En ese momento vio el informe Dau, pero no lo recuerda por el tiempo transcurrido.

4.- Declaración testimonial de **Yerco Daniel Fernández Pérez**, carabinero de la subcomisaría de Mostazal, quien legalmente juramentado expuso a las preguntas del Fiscal que estaba de acompañante en segundo patrullaje del sargento Braulio Retamal Palma, recibiendo un comunicado vía radial del suboficial de guardia, que personal de cámaras manifestaba que habían tres sujetos, o sea uno de ellos escalaba un balcón de un domicilio, el que vestía de jockey naranja, polerón negro con plomo, jeans claro, y un banano tipo bolso color amarillo que mantenía en el pecho, y que otro sujeto intentó escalar pero se cayó, el que vestía polerón negro, con capucha, y jeans claro; y el tercer sujeto vestía una casa ploma con mangas celestes, y pantalón café, el que se mantuvo en el lugar de vigilante. Transcurrido un tiempo el primer sujeto desciende del balcón, para darse los tres sujetos a la fuga por calle San Francisco para llegar a calle Manuel Montt, se dirigieron de inmediato al lugar, donde se encontraba personal de Paz Ciudadana que señaló que se fueron en esa dirección, y en calle Manuel Montt, a la altura del 659, se efectuó la detención de estos tipos, a quienes se les leyó los derechos, y los pasaron por el artículo 318, luego fueron al domicilio de la víctima, para fijarlo fotográficamente, y posterior de eso la víctima fue trasladada a la unidad por Paz Ciudadana, y ellos fueron a constatar lesiones con los imputados, para luego tomarle declaración a la víctima.

Indica que el set fotográfico lo hizo el, y entre la detención y las fotos pasó menos de un minuto, no recuerda bien, pero un lapso muy corto, ya que luego de la detención fueron de inmediato al domicilio de la víctima.

Exhibido el set fotográfico las describe en el siguiente tenor.

Foto 1: La sacó el, se aprecia el vidrio quebrado.

Foto 2: Es la esquina por donde subió el sujeto según las cámaras.

Foto 3: Es sobre el balcón.

Foto 4: El balcón desde el exterior al interior.

Foto 5: Desde el interior del domicilio hacia el exterior del balcón, domicilio de la víctima.

A las preguntas del Defensor expuso que el suboficial de guardia manifiesta que el personal de cámara señaló el domicilio, y al llegar al lugar personal de cámara estaba fuera del domicilio señalando el domicilio de donde salieron los imputados.

5.- Declaración testimonial de **Claudio Enrique Moya Becerra**, quien prometiendo decir verdad expuso a las preguntas del Fiscal que en ese momento no recuerda nada, habló lo que estaba en las cámaras. Conoce a los imputados Sergio Gálvez y Felipe Gálvez. Antes estaban tomando, cerca del puente azul, donde estaban los juegos, y de ahí avanzaron hacia la plaza. Estaban en la placita, venían de una casa, no sabe decir de qué casa, y en la casa bebieron cerveza no más, y en la placita estuvieron un rato, y de ahí se fueron para allá. No recuerda cuanto tiempo estuvieron en la placita porque no venía bien, no venía consciente en ese momento porque había consumido pastillas, zopiplona, no recuerda cuántas pastillas tomó, salieron en el carrete, no puede decir quien le dio las pastillas porque estaba ebrio en ese momento.

Después pasó lo que vieron las cámaras, salieron para abajo, para la plaza, y ahí pasó lo que pasó, lo que está en las cámaras. Sobre lo que pasó después no se acuerda, porque se “borró”, cuando venían para fuera.

La Defensa no formuló preguntas.

6.- Set de tres videos, incorporados según descripción realizada por el acusado Felipe Gálvez (los tres videos), el acusado Sergio Gálvez (sólo el video 2), el testigo R.T.G.A. (sólo el video 2).

7.- Set de cinco fotografías incorporadas según descripción realizada por el acusado Felipe Gálves (Fotos 1 a 4), el acusado Sergio Gálvez (sólo foto 1), la testigo M.I.P.G. (las cinco fotos), el testigo Braulio Retamal (solo fotos 4 y 5), y el testigo Yerco Fernández (las 5 fotos)

SÉPTIMO: Prueba incorporada por la Defensa. Que la Defensa de los acusados no incorporó prueba propia en la audiencia de juicio.

OCTAVO: Alegatos de clausura. Que el **Fiscal** en su alegato de **clausura** argumenta que debía acreditar que efectivamente ambos imputados cometieron el delito de robo en lugar habitado, y en cuanto a la forma en que ocurren los hechos no hay mayor discusión, la discusión se centra en un aspecto subjetivo del tipo penal, esto es si tenían los imputados el dolo de cometer el delito de robo, es lo que básicamente la defensa está cuestionando, sobre que no había un rol determinado para cada uno, pero las cosas que objetivamente se logró probar. El robo en lugar habitado es un delito en cuanto a su iter criminis se sanciona desde que se encuentra en un estado de tentativa, porque se debe analizar si se está en presencia de una tentativa inidónea o no, y las acciones que realizan los imputados, en este caso Felipe Gálvez escala, se sube a este balcón y estando en ese lugar fuerza la ventana, quiebra el vidrio, y es la acción de la dueña de casa la que hace que esta persona se desista de seguir con su actuar, por lo que baja y se va, lo que se ve refrendado con la declaración de la víctima, que señala que escucha cuando quiebran el vidrio y prende la luz, lo que hace que la persona se desista y baje del lugar, por lo que lo que provoca el desistimiento es haberse visto descubierto por la dueña de casa, y subir, escalar, y romper el vidrio, tiene una intención inequívoca de cometer el delito de robo. La defensa señala que los imputados estaban ebrios, y según ellos estaban en la casa de unos amigos, consumieron pastillas, e ingirieron alcohol, y que se acuerdan de muy pocas

cosas, generalmente de lo que se veía en los videos, pero a otras preguntas no se acuerdan prácticamente de nada, pero hay que preguntarse si en los videos se aprecia a tres personas ebrias, que les costaba caminar, que les costaba desplazarse, que sus condiciones sicomotoras estaban tan alteradas que uno de ellos como un gato trepó y subió al balcón, aquellas acciones según las máximas de experiencia o principios lógicos se puede concluir que no estaban ebrios, porque no hay ningún antecedente concreto de su estado de ebriedad salvo lo que ellos mismo declaran.

En cuanto a la vigilancia que realiza el hermano, y que el hermano niega porque su interés era de que su hermano se bajara, si eso era cierto, para qué intentar subir si estaba a tres metros de distancia, cuál era el fin de intentar trepar para llegar al balcón, ¿para seguirle advirtiéndolo?, si estaba tan solo a tres metros de distancia, eso parece poco creíble, no tiene sustento de credibilidad en los hechos, bastaba solo con hablar, eran las 23:30 horas, toque de queda, no andaba nadie en la calle.

Estima que no fue algo planificado, fue algo del momento, fue un chispazo, se dieron las cosas, sucedieron de esa forma, fue un robo de oportunidad, no hubo un concierto previo, simplemente pasó, y se vieron involucrados en la forma como ocurren los hechos, pero si la persona que escala, sube, y quiebra el vidrio, si quería demostrar que podía escalar, por qué quebrar el vidrio, para qué, con qué fin, la respuesta es obvia, para ingresar a robar, no hay otra respuesta lógica, por lo que estiman probados los presupuestos fácticos por los que se presentó la acusación, la participación de Felipe claramente es del artículo 15 N° 1 y la de Sergio es del 15 N° 3, está ahí, mirando, siendo falso que le dijera a su hermano que se bajara, salvo que el tribunal estableciera otro tipo de participación, por lo que solicita un veredicto condenatorio respecto de ambos imputados.

El Defensor en su alegato de clausura argumentó que el Ministerio Público debía acreditar la existencia de un robo en lugar habitado en grado de desarrollo frustrado, y efectivamente la defensa se sustenta en la fase subjetiva del tipo, y en esta audiencia sólo se ha podido acreditar tres elementos, uno con el último testigo del ministerio público sobre que las personas habían estado bebiendo con anterioridad, que habían consumido alcohol y droga, y que no se encontraban en sus cabales cuando salieron a la calle a conseguir más alcohol, como plantea el mismo testigo, siendo lógico con lo que plantearon los acusados; luego de ello estas personas van caminando por la vía pública, van en una actitud que incluso se reitera al final de los últimos de los videos, en el que Felipe Gálvez sigue gesticulando con las manos, lo que el Ministerio Público le da un valor agregado de que había levantado las manos al momento de acercarse al balcón, claramente se ve reafirmado en el tercero de los videos la forma en que se expresa Felipe Gálvez, lo que queda claro que no es con una intención sino que es una forma con la cual se maneja y gesticula. Reconoce el escalamiento, pero nunca estuvo la intención de vulnerar la seguridad individual, la propiedad, la intimidad. Se ha señalado por testigos de que habrían existido heridas en las manos de uno de los imputados, no se señala quien habría sido, el Ministerio Público tiene los antecedentes para acreditar la existencia de la lesión, pero por qué no los acompaña, porque los datos de atención de urgencia señala que no hay lesiones. El Ministerio Público tiene la carga de probar todos los presupuestos de acusación para desvirtuar el principio de inocencia de los acusados, pero respecto de la sangre que describen los testigos es un antecedente que no se puede tener a la vista, porque teniendo la posibilidad de hacerlo el funcionario de carabinero dice que hay un dato de atención de urgencia, hace sembrar la duda del por qué no lo incorpora, puede que señale tener lesión o puede no señalarlo, y si la tenía

debía por su rol haberlo acompañado, lo que no hizo, quedando la duda sobre si hubo o no lesiones.

Volviendo a la intención de trepar, respecto de Sergio, no se ve la intención de trepar al balcón, se ve una persona que se encontraba en estado de ebriedad que se sube a una altura y se cae, en ningún momento se ve una intención de escalar, de subir, de trepar, y cuando cae luego se sube nuevamente y se queda apoyado ahí, si hubiera tenido la intención de subir acompañar a su hermano lo habría intentado nuevamente pero no lo hace, se queda tranquilamente mirando a su hermano, siendo claro que respecto de Sergio no hay ningún antecedente que permita acreditar los hechos de la acusación, es decir que prestaba labores de vigilancia o que iba a escalar para servir a la comisión del ilícito por el que fue acusado, no se le puede tratar de extender el hecho cometido por su hermano de haber subido por el solo hecho de tener un vínculo sanguíneo porque sólo se ve como lo mira, y además el Ministerio Público yerra cuando en ningún momento le dice que se baje, porque se ve claramente en las imágenes en que hay un momento en que el acusado Sergio gesticula con las manos, y la testigo víctima también dice que había ruidos antes, siendo claro que antes estaba ocurriendo algo, una situación, de personas hablando, si no le hizo caso a la primera, tuvo que convocar una segunda posibilidad y por eso se sube a este lugar, observándose lo que ocurre en el video.

La víctima no ve a nadie, y los acusados se van caminando. Sobre que Sergio miró para atrás se explica porque está cruzando la calle con luz roja, siendo lógico que alguien mire para atrás cuando está cruzando con luz roja en estado de ebriedad, cualquiera lo haría, es un instinto de supervivencia al cruzar una avenida, no siendo un hecho para agravar la actitud que tuvo en su condición. Y todo lo que permite dar mas sustento de que no había una

intención de cometer un ilícito es cómo actúan con posterioridad hasta el momento de la detención, los funcionarios a cargo de la misma dan cuenta de que la detención fue sin ningún tipo de obstrucción, y si las personas hubieran tenido la convicción de que habían cometido un ilícito habrían arrancado, y los policías y detenidos creen que fueron detenidos por el 318, delito por el que no fueron formalizados.

No hay antecedentes que permitan acreditar la existencia del ilícito respecto de Sergio, y en cuanto a Felipe a lo más está este escalamiento y una eventual fractura, porque no se sabe cuándo ocurrió esta fractura, y no hay antecedentes para acreditar la existencia del ilícito y la participación, debiendo emitirse un veredicto absolutorio.

El **Fiscal** en su **réplica** señala que la defensa plantea que el imputado jamás habría apuntado hacia arriba, sino que era parte de su gesticulación, para lo cual se muestra el video N° 3 donde el imputado hace una especie “así con las manos” como si estuviera jugando y después se pone a hablar, lo que ocurre en el primer video es un hecho inequívoco de que el imputado apunta hacia arriba, y no es que el imputado siempre hable gesticulando, porque también se pudo ver todo el camino del video en que solamente al inicio del video 3 realiza estas gesticulaciones con las manos, por lo que cree a su juicio queda bastante claro que el imputado apuntaba al balcón que iba a escalar para realizar el delito de robo en lugar habitado, incluso los otros dos imputados miran en ese sentido, imagen que vale más que mil palabras. Sobre la no presentación del dato de urgencia, argumenta que se quebró un ventanal, y en el ventanal hay sangre según lo declarado por el funcionario de carabinero y la víctima, y fue Felipe quien se subió y quebró el vidrio, y la sangre es de Felipe, de nadie más, y si ello no fuera suficiente en la acusación no se indica si se cortó o no la mano con esta acción, lo que se le imputa es quebrar y

forzar la ventana para ingresar y poder sustraer, no siendo un tema relevante respecto de esa sangre. Y en relación a lo señalado por la defensa en cuanto a que el hermano le dice que se baje, sólo lo dice la defensa basado en los dichos del imputado, pero por qué era necesario escalar sino que para ayudar a su hermano, lo que fluye naturalmente en un orden de ideas, y lo que se busca es una teoría del caso para exculpar a uno de los imputados.

El **Defensor** en su **réplica** indica que en el video N° 3, en su inicio, se ve el movimiento de las manos, y se ve desde el momento que cruza la línea férrea hasta el momento de la detención se ve en todo el camino el movimiento de manos. Sobre de quien era la sangre es un elemento relevante para acreditar la participación, no se ve a su representado quebrar el vidrio, son conclusiones del persecutor, cómo saber que el vidrio no estaba quebrado de antes, sólo hay la declaración de un testigo sobre que había un vidrio quebrado, siempre puede haber interés de la víctima para poder acomodar los eventos que ocurren, es más la víctima declara que había una sombra dentro de su casa, después habla que había un vidrio roto, y cuál de las dos versiones se va a creer, que el vidrio se quebró en ese momento, que lo quebró la persona que estaba dentro, no se tiene claridad y eso genera dudas, si las cámaras fueran de mejor calidad habrían señalado otra cosa, que no fue la persona que lo quebró, o si, y el tribunal debe formarse convicción más allá de toda duda razonable, la testigo es una persona de 84 años de edad que ve una sombra dentro de su casa y que luego da cuenta que se fracturó un vidrio, misma versión que ve el funcionario de las cámaras con los mismos videos, quien avisa a carabinero, y que carabineros le dice a la señora que le quebraron el vidrio, y obviamente ahí termina de completar su historia, dice que saltan del balcón, lo que no se ve, y que trepa por los fierros, la señora arma la historia a partir de lo que le van comunicando los funcionarios

policiales. Finalmente sobre las advertencias que le hace el hermano, no solo respecto de las declaraciones de los acusados se puede desprender, porque en el video hay un movimiento, ya que el lenguaje no es sólo verbal, y hay gestos que indican advertencia y un gesto con la mano en el que hace un además, no puede ser sino un gesto de advertencia, por lo tanto si no se tiene un audio se debe escuchar el lenguaje gestual, y en el video se ve la advertencia que Sergio le hace a Felipe para que se baje. Está de acuerdo que no es normal que una persona suba a un balcón, había consumido pastillas, drogas que tienen por finalidad generar determinados estados, y la zopiplona es un inmótilico lo que mezclado con el alcohol genera efectos irracionales en las decisiones que pueden tomar las personas.

NOVENO: Elementos del tipo penal y bien jurídico protegido. Que para que se configure el delito de robo en lugar habitado previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1 del Código Penal en relación con el artículo 432 del mismo texto legal, es necesario que exista una apropiación de cosa mueble ajena que se encuentre al interior de un lugar habitado o destinado a la habitación, sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucro, y concurriendo ciertas y determinadas formas de fuerza en las cosas, en este caso si se ingresa por una vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas, circunstancias que determinan la existencia de un escalamiento, según lo regulado por el ya citado numeral primero del artículo 440. En cuanto al bien jurídico resguardado este ilícito es pluriofensivo, toda vez que protege los bienes jurídicos de propiedad, vida, e integridad física de los moradores del lugar donde se encuentran las especies sustraídas.

DÉCIMO: Valoración de las declaraciones de los acusados y de la prueba incorporada en el juicio oral. Que lo declarado por el testigo R.T.G.A.

permite establecer que se desempeña como operador de 20 cámaras de seguridad emplazadas por la Dirección de Seguridad Pública de San Francisco de Mostazal en las vías públicas de esa comuna, las que puede visualizar en cuatro pantallas grandes en que se despliegan, y que el día 28 de julio de 2020, aproximadamente entre las 23:30 y 23:32 horas, se percató de la presencia de tres personas de sexo masculino caminando en el sector de plaza de armas, y que cuando avanzan por la vereda oriente de Avenida Independencia en dirección al sur, al llegar a la mitad de la cuadra existente entre las calles Arturo Prat y Santa Julia, constata que una de las tres personas escaló un techo de un local comercial de comida para perros hasta un balcón, observando por la cámara que este sujeto rompe un vidrio, existiendo una segunda persona que también intenta escalar pero resbala, mientras que el tercer sujeto realizaba, en su opinión, labores de vigilancia, agregando que la persona que subió al balcón desciende del mismo lugar una vez que la persona afectada enciende una luz, retirándose las tres personas por calle San Francisco de Asís en dirección al poniente, y al llegar a calle Manuel Montt se trasladaron hacia el sur.

La dinámica expuesta por el testigo R.T.G.A. resulta coincidente con el contenido de tres videos incorporados por el ente persecutor, con la sola excepción de que al ser apreciados por el tribunal en ellos no se puede observar el momento en que el sujeto que sube al balcón rompe un vidrio como tampoco el momento en que se enciende la luz de la habitación interior, situación que no impide valorar como efectiva la versión dada por el testigo, en consideración a que ha explicado que el conocimiento que tiene de los hechos lo ha obtenido de la revisión de un universo mayor de cámaras que las incorporadas como prueba, atendida su calidad de operador de las mismas. En concreto al revisarse los tres videos, los que son a color y sin sonido, se aprecia lo siguiente:

El primer video tiene una duración de 06:47 minutos, según la información consignada en la parte superior izquierda corresponde al día 28 de julio de 2020 y comienza a las 23:31, mientras que la información inferior izquierda señala que corresponde a “Plaza de Armas Mostazal”, observándose la intersección de una avenida con una calle y al fondo, al lado derecho, parte de una plaza. A las 23:32 horas con 16 segundos aparecen en la parte inferior izquierda tres sujetos que se desplazan caminando cruzando la avenida principal, la cámara les hace un acercamiento, pudiendo apreciarse que uno viste con gorro de color anaranjado, polerón plomo con bolso de color amarillo adherido a su pecho, pantalón jeans y zapatillas de color rojo, un segundo individuo viste capucha celeste puesta en su cabeza, cara tapada, polerón oscuro, pantalón de jeans, y calzado color negro; y un tercer sujeto está con capucha oscura, chaqueta ploma con los brazos celestes, pantalón café, y calzado color café. A las 23:32 horas con 34 segundos se detienen y reúnen en la mitad de la avenida mirando atentamente hacia el sur, el de gorro de color anaranjado y polerón plomo levanta su mano derecha y apunta hacia la dirección de la avenida, colocando su brazo en 90 grados en relación a su cuerpo, mientras les dice algo a sus dos compañeros, luego retoman su marcha y se dirigen en dirección a la plaza llegando hasta donde comienza un puente, donde se detienen regresan a la plaza, donde se distancian unos metros entre ellos. A las 23:35 horas el sujeto de polerón plomo cruza solo la calle menor en dirección al sur, mientras los otros dos sujetos salen del campo de visión, quienes vuelven a aparecer reuniéndose con el primer sujeto en la intersección de la avenida con la calle menor a las 23:37, observándose que este sujeto lleva puesto sobre su gorro anaranjado la capucha ploma de su polerón, permaneciendo de pie junto al sujeto de pantalón café mirando hacia la avenida en dirección al sur, mientras que el de polerón

oscuro está sentado en un costado, estando juntos desde las 23:27 con 37 segundos hasta que termina el video 30 segundos después.

El segundo video tiene una duración de 04:01 minutos, también señala la fecha y hora en su parte superior izquierda y el lugar en la parte inferior izquierda, corresponde al 28 de julio de 2020, comienza a las 23:38 con 12 segundos, y se individualiza como lugar a “Indep. San Guillermo Mostazal”. Se hace un acercamiento avanzando dos cuadras observándose que los tres sujetos del primer video caminan por la vereda del lado derecho del video en dirección al sur. A las 23:38 con 40 segundos el sujeto de polerón plomo y bolso amarillo apunta con su brazo derecho señaliza hacia arriba, levantando sus dos acompañantes la mirada hacia la dirección señalizada, momento en que se encuentran a la altura de un inmueble que en su primer piso tiene una cortina metálica propia de los comercios, y sobre la vereda un toldo. A las 23:38 con 55 segundos el sujeto de polerón plomo salta y se sujeta en parte de la estructura que sostiene el toldo, impulsándose hacia arriba perdiéndose de vista hasta que traspasa la barrera que delimita un balcón ubicado en un segundo piso a las 23:39 con 30 segundos, mientras los otros dos sujetos están abajo en la vereda, se ve que el de polerón oscuro mira el actuar del polerón plomo, agita su brazo izquierdo una vez a las 23:39 con 47 segundos, para luego tratar de sostenerse de la misma estructura que sostiene el toldo pero por su extremo opuesto, no logrando sostenerse y caer al suelo. A las 23:40 con 04 segundos se reincorpora y se sube a una especie de maceteros o elemento de ornamentación existente en la vereda, superando con su cabeza el techo del toldo y mira en dirección al balcón, momento en que se ve al sujeto de polerón plomo salir del balcón a las 23:40 con 19 segundos, para inmediatamente este último bajar a la vereda, mientras que el tercer sujeto de pantalones café esta de pie en el mismo lugar para luego sentarse en los mismos maceteros. A las 23:40 con 30 segundos los

tres retoman la marcha por la vereda en dirección al sur o hacia la cámara, el de polerón azul mira hacia el balcón, incluso queda un poco retrasado al mirar nuevamente a ese lugar, conducta que repite al momento de cruzar la avenida, cuando ingresan a una calle perpendicular a esta, perdiéndose de vista, mismos instantes en que por la avenida aparece un vehículo con baliza encendida que se detiene a la altura del lugar donde estaba emplazado el local comercial junto con el balcón existente en el segundo piso. El video termina a las 23:42 con 15 segundos.

El tercer video tiene 07:55 minutos de duración, en la parte superior izquierda se señala el día y hora del mismo y en la parte inferior izquierda el lugar. Se indica que corresponde al 28 de julio de 2020 comenzando a las 23:43 horas con 13 segundos, y el sector corresponde a Arturo Prat con M.Montt. Se ve una línea férrea que cruzan los mismos tres sujetos de los otros dos videos, se hace un acercamiento a ellos, permanecen reunidos al lado de la línea férrea hasta las 23:45 horas para luego caminar por la calle que está junto a la línea férrea en forma paralela, apareciendo a las 23:47 horas una patrulla de carabineros que se detiene como a una cuadra del lugar donde los sujetos cruzaron la línea ferra, apreciándose a la distancia que detienen a unos sujetos que ingresan al furgón. El video termina a las 23:50 horas con 39 segundos.

El sentido de las señalizaciones realizadas por el sujeto de polerón plomo y el de las caminatas realizadas por las tres personas que se aprecian en el video, se establece considerando el hecho público y notorio que la plaza de San Francisco de Mostazal se encuentra emplazada al oriente (este) de la línea férrea que cruza la comuna (a una cuadra de distancia) y que el puente que se observa en el primer video está emplazado al norte de la mencionada plaza, lo que se adiciona con la información proporcionada por el testigo R.T.G.A. en el sentido de que las tres personas luego de estar en la plaza caminaron por Avenida

Independencia en dirección al sur, deteniéndose a mitad de cuadra entre las calles Arturo Prat y Santa Julia.

La efectividad de lo graficado en los videos descritos es confirmada por el testigo Claudio Moya Becerra, conocido de los acusados, quien reconoce ser la tercera persona que los acompañaba ese día, quien a las preguntas formuladas sobre lo ocurrido se limitó a señalar que era cierto lo que había en los videos.

El mismo operador de cámara R.T.G.A. aporta el antecedente que en los mismos instantes en que observó la conducta sospechosa de los tres sujetos que aparecen en los videos lo comunicó mediante frecuencia radial a inspectores municipales y mediante un llamado telefónico a carabineros, a quienes informó que habían personas escalando el techo de un local comercial accediendo a un balcón, antecedente que se encuentra corroborado por lo declarado por el sargento segundo de la Subcomisaría de Mostazal Braulio Retamal y por el carabinero de la misma unidad Yercó Fernández, quienes se encuentran contestes en que ese día se encontraban ambos en servicio en segundo patrullaje, recibiendo un comunicado del suboficial de guardia, quien les informó que personal de cámaras había visto a uno de tres sujetos escalando un balcón de un domicilio, según el testigo Retamal se aportó también que la dirección correspondía a calle Independencia a la altura del N° 438, razón por la que se trasladaron de inmediato al lugar, encontrando personal de Paz Ciudadana.

A su vez la declaración de la testigo M.I.P.G. permite establecer que el lugar en el que el sujeto de polerón plomo sube a un balcón emplazado en un segundo piso, corresponde a una casa habitación donde ella reside sola, sin perjuicio de que ocasionalmente es acompañada por su hijo o por una nana, atendida su edad de 83 años. La misma testigo ilustra al tribunal que el inmueble donde vive se encuentra en calle Independencia, que en el primer piso hay un local comercial que arrienda a un comerciante de comida para perros, mientras

que en el segundo piso tiene su casa habitación compuesta de dos dormitorios, un baño, y un living que cuenta con un ventanal que mira hacia el exterior, lo que además se aprecia en las cinco fotografías incorporadas como prueba y que le fueron exhibidas, estableciéndose que lo señalado es efectivo, y particularmente que fuera del ventanal hay un balcón que tiene una baranda o protección. Esta testigo agrega que el día de los hechos se encontraba acostada viendo televisión, y que luego de apagarla sintió un golpe fuerte, constatando que le habían roto el vidrio de su ventanal, razón por la que se levantó, encendió las luces, y llamó a carabineros, precisando que no pudo ver a la persona que rompió el vidrio del ventanal, el que mantenía cerrado con sus tres pestillos puestos.

También la testigo M.I.P.G. informa que en su domicilio se apersonó personal de carabineros y de seguridad ciudadana en forma pronta, explicando que ello se debió a que estaban viendo por las cámaras lo que ocurría en su casa.

Los carabineros Retamal y Fernández también coinciden en que con la información proporcionada por el personal de Paz Ciudadana al momento de llegar al domicilio de la víctima, pudieron saber hacia donde se habían dirigido los tres sujetos, logrando su detención en calle Manuel Montt a la altura del 659, calle paralela de la línea férrea emplazada a su costado poniente, como a tres cuadras y media del domicilio de la víctima, precisando el testigo Retamal que en el momento apreció que presentaban las mismas características físicas descritas por el suboficial de guardia.

Las características del balcón, del ventanal existente en ese lugar y de la rotura del ventanal se aprecian en las cinco fotografías incorporadas como prueba, las que fueron sacadas por el carabinero Yerco Fernández, quien las identificó al momento de declarar como testigo, precisándose que en la quinta foto se visualiza el interior del inmueble, apreciándose la existencia de muebles

como tres sillones, una estufa, un cuadro, y una planta, elementos propio del living de una casa habitación, que se encuentran al lado de un ventanal, existiendo en su exterior un balcón, lugar al que accedió uno de los sujetos, y efectivamente en la primera foto se grafica que en el primer piso hay una cortina metálica característica de los locales comerciales, que cuenta con pequeños avisos de comida para perros, lo que ratifica lo expuesto por la víctima sobre el uso de dicha dependencia, y adherido al local y sobre la vereda se encuentra una estructura metálica que sostenía un toldo, elemento utilizado por el sujeto que subió al balcón para impulsarse hacia arriba, como también por el segundo individuo que trata de hacer lo mismo sin lograrlo.

Respecto a la hora y fecha de ocurrencia de los hechos resulta esclarecedor los datos consignados en los videos obtenidos de las cámaras de seguridad incorporados como prueba, los que permiten establecer que se desarrollaron el 28 de julio de 2020 entre las 23:31 y 23:50 horas.

En cuanto a la declaración de ambos acusados se hace presente que ha permitido establecer que son dos de las tres personas que se aprecian en los videos, que uno de ellos fue quien subió al balcón, mientras que el otro se mantuvo a nivel suelo, sin perjuicio de intentar subir en una ocasión, no lográndolo, realizando las conductas ya descritas al momento de describir los tres videos incorporados como prueba.

Si bien el acusado Felipe Gálvez reconoce haber subido al balcón, niega haber roto el ventanal existente en el lugar, conducta que se ha demostrado con la suma de los antecedentes proporcionados por los cuatro testigos incorporados por el Ministerio Público, los tres videos, y las cinco fotografías, ya que en los videos permiten establecer con precisión el momento en que los acusados tratan de ingresar al domicilio de la víctima, quien en ese mismo instante puede sentir el ruido propio o característico de una rotura de vidrios, lo que la alerta y motiva

su llamada a carabineros, quienes se apersonaron en el lugar solo minutos después de acaecidos los hechos, gracias a que un operador de las cámaras de seguridad emplazadas en la vía pública fuera del domicilio, permitieron advertir y sospechar del actuar de estos tres sujetos, logrando no solo respaldar visualmente su proceder, sino que además alertar a personal de seguridad municipal y policial, quienes llegaron al lugar, procediendo uno de los carabineros actuantes a fijar fotográficamente el estado del ventanal roto, siendo claro que su rotura es resultado del actuar del sujeto que subió al balcón desde la calle.

UNDÉCIMO: Hechos probados. Que de acuerdo con lo referido en el considerando anterior, apreciada libremente la prueba según lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, los sentenciadores han llegado a la convicción, tal como se adelantó por el tribunal en el veredicto, que es posible dar por acreditado los siguientes hechos:

El día 28 de julio de 2020 en horas de la noche tres sujetos se desplazaban por avenida Independencia de la comuna de San Francisco de Mostazal, a las 23:32 horas uno de ellos levanta su mano derecha apuntando hacia el sur, luego de estar unos minutos en la plaza existente en el lugar, se dirigen juntos en dirección al sur, y a las 23:38 horas con 40 segundos el mismo sujeto señala a sus dos acompañantes un lugar que está hacia arriba, levantando ambos su cabeza, y 15 segundos después, a las 23:38 con 50 segundos, sube escalando hasta un balcón ubicado en el segundo piso del inmueble ubicado en el número 438 de dicha Avenida, donde residía M.I.B.G., procediendo a romper el cristal de un ventanal que protegía el acceso del interior del inmueble, mientras uno de los otros dos sujetos se

encontraba a nivel de la vereda, intentando subir al balcón sin lograrlo, y al percatarse de la presencia de moradores los tres sujetos huyen del lugar.

DUODÉCIMO: Configuración del tipo penal: Que los elementos del tipo penal por el cual se ha formulado la acusación se encuentran debidamente configurados, ya que el lugar donde ocurrió el hecho ilícito corresponde a un espacio físico cerrado que sirve de morada y habitación de una señora adulta mayor, lo que se pudo establecer con el testimonio de la víctima M.I.P.G., quien explicó que si bien en primer piso de su inmueble existe un local comercial, el segundo piso donde se encuentra el ventanal roto corresponde a su casa habitación, en cuyo interior hay dos dormitorios, un baño y un living, que da precisamente al ventanal, afirmación corroborada con la fotografía N° 5, en la que se aprecia la existencia de mobiliario propio de este tipo de dependencias.

En cuanto al intento de ingresar al inmueble descrito se establece con el escalamiento realizado por el sujeto que desde la calle accede al balcón existente en el segundo piso, lo que se apreció claramente en el segundo video y que además fue descrito por el operador de cámaras R.T.G.A. que visualizó el actuar en el mismo momento de su ejecución, a lo que se agrega la rotura del vidrio del ventanal que se encontraba cerrado con tres pestillos según su moradora, elemento de protección o resguardo que impide el acceso al interior desde el exterior del inmueble.

Sobre el resto de los elementos que configuran el ilícito, esto es, la apropiación de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño, si bien dicho actuar no alcanzó a materializarse, resultó evidente que el actuar de los acusados tenía esa finalidad, atendido que no podían menos que conocer o saber que un lugar cerrado emplazado en un segundo piso de un inmueble ubicado a media cuadra de la plaza principal de un emplazamiento urbano

como lo es San Francisco de Mostazal tenía en su interior bienes muebles que permiten su apropiación y sustracción, siendo clara así la intención de apropiarse de esos bienes considerando que actuaron en horas de la noche en momentos que estaba vigente un toque de queda como lo planteó su propia defensa, es decir sin la presencia de otras personas que pudieran alertar o reaccionar frente a su actuar, lo que también se aprecia en los videos, mientras que el ánimo de lucro que perseguían se explica con la posibilidad de poder comercializar tales bienes debido a que tienen un valor material y comercial por su propia naturaleza, o bien para aprovecharse de su uso personal, mientras que la falta de consentimiento del propietario de los bienes cuya apropiación se buscaba resulta clara con la reacción que tuvo la residente al percatarse de ruidos extraños y de la rotura de su ventanal, al requerir el auxilio de la fuerza pública, proceder propio de alguien que no solo no admite sino que además busca protección y resguardo frente al actuar apropiatorio desplegado por los acusados.

DÉCIMO TERCERO: Iter criminis o grado de desarrollo del delito. Que en cuanto al grado de ejecución del delito este se encuentra en grado de tentado, por cuanto quedó establecido que los acusados dieron principio de ejecución a la conducta de apropiación de bienes muebles existentes al interior del inmueble donde habitaba la víctima M.I.P.G., al encontrarse juntos en el lugar, procediendo uno de ellos a subir o escalar hasta el segundo piso donde se encontraba un balcón, y al encontrar el acceso al interior cerrado con un ventanal, proceder a romperlo, no ingresando al lugar para luego retirarse ambos junto a un tercer sujeto por las calles aledañas, sin lograr el objetivo de apropiarse de bienes muebles existentes al interior del domicilio. Así entonces no ejecutaron todo lo necesario para lograr la consumación del robo perseguido, estableciéndose que el ilícito se encuentra

en grado de desarrollo tentado en los términos previstos en el artículo 7 inciso 3° del Código Penal.

DÉCIMO CUARTO: Autoría y Participación. Que en cuanto a la participación de los acusados en el ilícito probado, se ha establecido con el mérito de lo expuesto por el testigo R.T.G.A., operador de cámara de la Municipalidad que en el desarrollo de sus labores apreció la conducta sospechosa desplegada por tres sujetos que se desplazaban caminando por Avenida Independencia de San Francisco de Mostazal, lo que motivó que enfocara las cámaras hacia sus personas, pudiendo respaldarse su actuar a través de videos, tres de los cuales fueron incorporados como prueba, y en los que se observa a tres individuos, lográndose su individualización con los antecedentes aportados por los propios acusados al prestar declaración, lo que ha permitido establecer que el individuo que viste con gorro de color anaranjado, polerón plomo con bolso de color amarillo adherido a su pecho, pantalón jeans y zapatillas de color rojo corresponde a Felipe Gálvez Durán, el sujeto que sube al balcón y rompe el vidrio del ventanal; que el sujeto que viste capucha celeste puesta en su cabeza, cara tapada, polerón oscuro, pantalón de jeans, y calzado color negro es Sergio Gálvez Durán, hermano del primero, quien lo acompaña en todo momento y está a la altura de la vereda mientras su hermano sube al balcón, intentando una vez subir también sin lograrlo; y que el sujeto que viste con capucha oscura, chaqueta ploma con los brazos celestes, pantalón café, y calzado color café es Claudio Moya Becerra, conocido de los dos acusados, quien los acompañaba al momento de intentar realizar el robo.

En cuanto al tipo de participación que le corresponde a Felipe Gálvez Durán el tribunal por unanimidad ha establecido que es la de autor ejecutor del artículo 15 N° 1 del Código Penal, ya que toma participación directa e inmediata en la ejecución del hecho, al ser la persona que escala por el exterior del

inmueble, accediendo al balcón existente en un segundo piso, para luego romper el vidrio de un ventanal con la finalidad de sustraer bienes muebles que existan en su interior.

En el caso del acusado Sergio Gálvez Durán el tribunal, por decisión de mayoría, ha determinado que su participación corresponde a la de un autor en los términos señalados en el artículo 15 N° 3 del Código Penal, norma que dispone que se consideran autores “Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”. Para establecer este tipo de participación es necesario la concurrencia de dos requisitos, primero que haya existido un concierto con Felipe Gálvez para ejecutar el delito de robo en el inmueble de la víctima, y el segundo que haya presenciado la ejecución del ilícito sin tomar parte inmediata en él, descartándose la otra opción de facilitar los medios con los que se lleva a efecto, ya que esta hipótesis sólo aplica para los delitos consumados, lo que no ocurre en el presente caso.

En cuanto al concierto la mayoría del tribunal ha considerado que Sergio Gálvez acompañó en todo momento a Felipe Gálvez en los minutos previos al momento en que escala el inmueble de la víctima dando principio de ejecución al robo, apreciándose en los videos dos momentos en que el autor ejecutor le señala un lugar que coincide con el emplazamiento del inmueble, la primera vez a las 23:32 horas con 34 segundos, y la segunda a las 23:38 horas con 40 segundos, 15 segundos antes que Felipe comience a escalar hacia el balcón, lugar desde donde descendió a las 23:40 con 19 segundos, y durante los aproximadamente dos minutos que aquel estuvo intentando ingresar al inmueble, Sergio Gálvez se mantuvo en la vereda intentando en una ocasión también subir sin lograrlo, observando en todo momento el actuar desplegado por su hermano.

El profesor Alfredo Etcheberry en su obra Derecho Penal Parte General Tomo II plantea que son dos los elementos fundamentales que configuran el concierto:

“1) El acuerdo de voluntades referido a la comisión de un delito. Este acuerdo debe ser previo, aunque no se requiere una larga antelación. Puede ser incluso un acuerdo tácito, con la sola condición de que sea inequívoco en cuanto al hecho para el cual los partícipes se concertan. No es preciso que el concierto se haya producido por iniciativa de uno de los concertados, en tanto que el otro u otros lo aceptan: el acuerdo puede surgir en forma más o menos simultánea y espontánea, materializando una idea o propósito que ya estaba en germen en la mente de varias personas. Esto es, si bien es necesaria una conspiración, no es indispensable que ella haya sido precedida de una proposición. Este acuerdo de voluntades es muy importante, porque es el que determina que cada uno de los concertados tome parte en un hecho común, no en un hecho ajeno...

2) Un plan que exija la intervención de cada uno de los concertados. La simple aquiescencia, aunque sea explícita, en el acto ajeno, sin tener intervención alguna en él, no es concierto, ni tampoco forma parte de participación punible...No hay inconveniente, en cambio, en que la tarea de uno o más de los concertados sea una conducta meramente omisiva (dejar una puerta sin llave, no dar la alarma); o que deba realizarse después de la ejecución del delito (para facilitar la fuga, la impunidad o el aprovechamiento); o que sea meramente potencial...”.

En el presente caso se ha considerado que el hecho de que el autor ejecutor haya descrito el lugar donde procedió a iniciar la ejecución del robo a Sergio Gálvez, quien tiene la calidad de hermano según sus propias declaraciones, permite establecer que le comunicó la conducta que desarrollaría,

no existiendo prueba de que este haya formulado una oposición al respecto, por el contrario se queda en el lugar, intenta subir al mismo balcón y espera en la vereda hasta que termina su hermano de bajar, estando a pocos metros, proceder que se encuadra en la figura de concierto descrita.

Sobre el segundo requisito o presupuesto de este tipo de participación el profesor Etcheberry en la obra ya citada, sostiene sobre el presenciar el hecho sin tomar parte inmediata en él, que *“Se trata, en consecuencia, de una conducta que ni siquiera es necesariamente cooperación. La incriminación se fundamente en una virtud puramente potencial de la presencia del partícipe: “aumenta la fuerza y poder de aquellos (los ejecutores) con su sola concurrencia, aun sin tomar parte directa de la acción “ (Comisión Redactora sesión 125). La razón de que una vinculación tan tenue pueda ser elevada a la categoría de participación máxima (autoría) se basa en el concierto, en la posición anímica del sujeto que quiere hacer suyo el resultado...Por presenciar el hecho no debe entenderse literalmente el percibirlo por la vista, o en general, por los sentidos: aquí se toma la expresión de estar presente”*, situación que se configura en el caso de Sergio Gálvez, quien nunca abandonó el lugar de comisión del ilícito, limitándose a presenciarlo y a no tener una participación más directa debido a que el robo no alcanzó a consumarse, interrumpiéndose el actuar apropiatorio prohibido.

DÉCIMO QUINTO: Sobre lo argumentado por la Defensa. Que la defensa de los acusados planteó en su alegato de apertura que sus representado se encontraban en estado de ebriedad y bajo los efectos de estupefacientes, y que debido a ello Felipe Gálvez realizó una conducta temeraria de subir a un balcón de un inmueble sin prever que correspondía a un lugar habitado, y sin tener la intención de apropiarse de bienes ajenos. Al respecto se hace presente que si bien los dos acusados al prestar declaración como también el testigo de

Claudio Moya coinciden en que momentos antes de ser detenidos se encontraban reunidos en la casa de un conocido donde habrían consumido alcohol y pastillas, concretamente cerveza y zopiplona según Moya Becerra, y clonazepam según Sergio Gálvez, el tribunal coincide con lo argumentado por el Fiscal en el sentido de que ese estado alterado que invoca la defensa no resulta plausible o creíble si se contrasta con la forma en que se desplazaban caminando los dos acusados junto a Claudio Moya por las calles de San Francisco de Mostazal, esto es forma recta siguiendo un curso determinado, sin dificultad de traslado, lo que no se condice con una persona que se encuentra en estado de ebriedad y con los efectos de medicamentos.

En segundo lugar la defensa hace presente que Sergio Gálvez nunca habría tenido la intención de participar en la conducta desplegada por su hermano Felipe, y que cuando se observa en el video tratando de encaramarse al balcón era con la finalidad de exigirle que bajara y desistiera de su actuar. Acontece que el tercer sujeto que los acompañaba, Claudio Moya, declaró como testigo, y reconociendo estar presente en el lugar el día de los hechos en ningún momento describió o relató que Sergio Gálvez haya recriminado el actuar a su hermano Felipe Gálvez, que le haya exigido que se bajara del balcón, o que el hecho mismo de subirse a ese balcón para romper un vidrio, haya sido algo sorpresivo e imprevisto, lo que hace perder credibilidad a lo manifestado en ese sentido por los acusados al prestar declaración, ya que Moya Becerra estuvo en todo momento junto a ellos, a un par de metros durante el escalamiento y la rotura del vidrio del ventanal, encuadrándose en una tentativa idónea para ejecutar el delito perseguido junto a Felipe Gálvez.

También la defensa sostuvo que Sergio Gálvez nunca tuvo la intención de escalar hacia el balcón, y que el intento fallido que hizo fue con la intención de requerir a su hermano que bajara. Esto último se descarta con lo

señalado en el párrafo anterior, y si bien es cierto mientras Felipe Gálvez sube al balcón se observa que Sergio mueve bruscamente uno de sus brazos, tal movimiento por si solo no es suficiente para establecer el actuar que le atribuye la defensa de exigir o requerir a su hermano para que descienda, razonamiento que se refuerza porque su hermano no baja y Sergio no realiza ninguna otra gesticulación, lo que sería esperado si su real intención fuera la que le atribuye su defensor, además cuando Felipe Gálvez desciende retoma junto a él la marcha sin visualizarse alguna conducta propia de una recriminación o reproche.

Sobre el hecho de que al momento de retirarse del lugar lo hayan realizado caminando en dirección a la línea férrea, donde posteriormente fueron detenidos, en el veredicto se anticipó el razonamiento de que ello se explica por la circunstancia de no haber consumado ningún tipo de ilícito y que por ello no había motivo para huir de carabineros.

La defensa también recurre al antecedente aportado por la víctima sobre la presencia de sangre en los restos del ventanal quebrado, en el sentido de que es fundamental para establecer la participación de su representado, y si bien es cierto la testigo describió ese antecedente, la omisión de su análisis no ha impedido establecer la participación de Felipe Gálvez en la rotura del vidrio del ventanal existente en el segundo piso de la casa habitación de la víctima, ya que reconoce haber subido a ese lugar, como se observó en los videos de las cámaras de seguridad, la víctima ese mismo día y a la misma hora siente la rotura de su ventanal, concurriendo personal de carabineros a su domicilio minutos después debido a la alerta realizada por un operador de cámaras que observó todo lo sucedido, personal policial que constató la rotura del ventanal, como se apreció en las fotografías tomadas en ese mismo instante, no existiendo antecedentes que una tercera persona haya subido al balcón en ese

rango de minutos, siendo clara la autoría de la rotura, situación además presenciada por el operador de las cámaras de seguridad.

DÉCIMO SEXTO: Audiencia de determinación de pena. Que en la audiencia respectiva el **Fiscal** hace presente que en la acusación de solicitó una pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, que es el mínimo establecido en la norma, acompaña los extractos de filiación, precisando que Sergio Gálvez Durán tiene una condena de fecha 04 de enero de 2020, condena posterior a los hechos por los que ha sido condenado, y Felipe Gálvez Durán tiene una condena de fecha 15 de noviembre de 2015 por un robo en bien nacional de uso público en grado de frustrado, pena cumplida en 2017, solicitando la aplicación las penas en sus mínimos legales, más las accesorias del artículo 28 y las costas de la causa.

El **Defensor** hace presente que hay dos comprobantes para reparar el mal causado que han sido consignados previo a la audiencia, y solicita que se considere la colaboración sustancial, porque ambos imputados han prestado declaración aclarando varios puntos, aclarando un relato de uno de los testigos, ayudando a unir ciertos cabos.

Acompaña los dos comprobantes mencionados, de \$30.000 cada uno, uno a nombre de Sergio y otro a nombre de un imputado de la causa, sin individualizarlo.

Se trata de dos muchachos jóvenes que están privados de libertad desde la fecha de detención, tiempo que debe considerarse como abono.

El **Fiscal** precisa que la fecha del hecho al que se refiere el antecedente penal de Sergio Gálvez es de 20 de julio de 2020, y la sentencia es de 09 de enero de “2000”, por lo que no tiene irreprochable conducta anterior.

En relación a la colaboración sustancial alegada sostiene que no la hay, existen declaraciones acomodaticias que tiene por objeto ejercer su derecho a

defensa, y no están obligados a decir verdad y pueden decir cualquier cosa, que es lo ocurrido acá, porque sus declaraciones se alejan bastante de lo que se estableció como verdad procesal, y en ese sentido fueron testigos de los innumerables “no me acuerdo”.

En cuanto a la reparación celosa el artículo 450 bis, estima que es exigua para el tipo de delito, más si se considera que la víctima es una persona de 80 años que con esa plata ni siquiera repara el ventanal, pretender una reparación con esos montos tan exiguos y considerando la tardanza en el depósito.

Hace presente que es irrelevante lo planteado por la pena que está solicitando y siendo un marco rígido, estima que lo pedido es lo que corresponde aplicar.

Finalmente el Defensor deja a criterio del tribunal lo expuesto por el Fiscal, y en cuanto al tema de las costas solicita que se considere el mínimo por el tiempo que han pasado privados de libertad, siendo imposible que pudieran costear y en el caso de que sean condenados solicita la mayor cantidad de cuotas en lo relativo a las costas.

DÉCIMO SÉPTIMO: Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Que la defensa de los acusados ha solicitado el reconocimiento a ambos de la circunstancia atenuante prevista en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, la que se verifica si ambos han “colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos”.

La primera acepción que el Diccionario de la Real Academia Española asigna al verbo “colaborar” es la de “*trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra*”, mientras que la cuarta acepción es “*ayudar con otros al logro de algún fin*”, mientras que el adjetivo “sustancial” lo define como algo “*perteneciente o relativo a la sustancia; importante o esencial*”. A

su vez la norma legal que contempla la minorante en análisis, precisa que la obra o finalidad en relación a la cual debe analizarse el actuar del acusado es el esclarecimiento de los hechos del proceso, esto es las circunstancias fácticas sobre las cuales el Tribunal aplicará el Derecho con la finalidad de resolver la controversia sometida a su conocimiento.

Si bien los acusados al prestar declaración reconocieron ser las personas que aparecen en los tres videos incorporados como prueba, permitiendo identificar la conducta desplegada por cada uno de ellos en las imágenes respaldadas por dicho medio de prueba, tal colaboración está lejos de haber sido sustancial en el esclarecimiento de los hechos, debido a que ambos negaron recordar diversas circunstancias vinculadas con el actuar sujeto a enjuiciamiento, debiendo el tribunal esclarecer los hechos ponderando los medios de prueba incorporados por el ente persecutor, los que establecieron una realidad fáctica distinta a las planteadas por los acusados, razón por la que se desestimaré la aplicación de la primera atenuante alegada.

En segundo lugar la defensa también ha invocado la atenuante prevista en el artículo 11 N° 7 del Código Penal, norma que dispone que procede la minorante “Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores consecuencias”. En relación a esta atenuante el profesor Eugenio Benítez Ramírez, en su artículo titulado “La circunstancia atenuante contenida en el artículo 11 numeral 7 del Código Penal consistente en el intento celoso de remediar el perjuicio causado por el delito o de obstruir sus consecuencias dañosas posteriores” (En “Circunstancias Atenuantes y Agravantes en el Código Penal Chileno”, Santiago, 2021. Ediciones Jurídicas de Santiago), luego de analizar el mayoritario acuerdo existente en la doctrina sobre las exigencias para poder aplicar esta minorante, sostiene que es necesario que la conducta remediatoria del daño provocado sea posterior al delito, que no es

necesaria la existencia de motivaciones morales o éticas, que puede ser realizado tanto por el propio interesado como por un tercero a su instancia, que no es necesaria que la reparación sea coetánea al delito pudiendo, y que tampoco se exige una reparación íntegra o total, en concepto del tribunal el hecho de que una tercera persona haya realizado dos depósitos en la cuenta corriente del tribunal por la suma de \$30.000 cada uno, individualizándose en uno de ellos a Sergio Gálvez mientras que en el otro no, se cumplen los requisitos señalados, ya que se entiende que el segundo depósito ha sido realizado a nombre de Felipe Gálvez, ya que la defensa de su hermano Felipe no lo ha invocado como suyo, debiendo entenderse que tales depósitos han sido producto del requerimiento de los propios acusados, única forma de explicar que una tercera persona haya depositado tales montos de dinero en el proceso, dinero que tiene la capacidad para financiar en parte importante el costo de reemplazo del ventanal quebrado que debió haber asumido la víctima, considerando el valor que tiene en el mercado un vidrio de las dimensiones del ventanal y el costo de la mano de obra de reposición, razón por la que se acogerá la atenuante en análisis.

Se hace presente que los extractos de filiación y antecedentes emitidos por el Servicio de Registro Civil a nombre de los acusados, acompañados por el ente persecutor, dan cuenta que Felipe Gálvez Durán registra una condena de 300 días de presidio menor en su grado mínimo como autor de robo en bienes nacionales de uso público, impuesta por el Juzgado de Garantía de Graneros mediante sentencia de fecha 25 de noviembre de 2015 en causa Rit 2143-2015 Ruc 1.500.782.426-k, pena cumplida el 08 de febrero de 2017, y que Sergio Gálvez Durán registra una condena de una multa de 0,33 UTM como autor de porte de arma cortante o punzante del artículo 288 bis en grado de consumado, impuesta por el Juzgado de Garantía de Graneros mediante

sentencia de fecha 09 de enero de 2020 en causa Rit 2433-2019 ruc 1.901.014.217-5, pena que se tuvo por cumplida. Estos antecedentes penales de los acusados impiden establecer que cuentan con una irreprochable conducta anterior, no siendo procedente la atenuante correspondiente prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal.

DÉCIMO OCTAVO: Determinación de la pena. Que la pena asignada al delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación, es la de presidio mayor en su grado mínimo, favoreciendo a ambos condenados una atenuante y ninguna agravante, el Tribunal para determinar la pena deberá considerar la mayor o menor extensión del mal causado, conforme lo dispuesto en el artículo 449 N° 1 del Código Penal, daño que en el presente caso se circunscribe a la rotura del vidrio de un ventanal de la casa habitación de la víctima, y la alteración de la vida normal que esta desarrollada en consideración a su edad superior a los 80 años, no lográndose la consumación del ilícito, encontrándose sólo en grado de tentado, razón por la que se impondrá la pena en su mínimo de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, tal como lo solicitó el Ministerio Público.

Atendido el quantum de la misma, no resulta procedente el pronunciamiento sobre penas sustitutivas.

DÉCIMO NOVENO: Costas. Que finalmente se impondrá además a los sentenciados el pago de las costas, conforme los artículos 24 del Código Penal y 47 del Código Procesal Penal, atendido por una parte el carácter imperativo de esas normas para el caso de condena, y porque la circunstancia de que se hayan encontrado en prisión preventiva no es motivo para eximirlos del pago de las mismas y que se disponga el fraccionamiento de su pago.

Y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 1, 3, 7, 11 N° 7 y 9, 14 N° 1, 15 N° 1 y 3, 18, 21, 24, 25, 26, 28, 50, 432, 440 N° 1 y 449 del

Código Penal; 47, 295, 296, 297, 340, 342, 344 y 348 del Código Procesal Penal; **se resuelve:**

I.- Que se **condena** a **Felipe Enrique Gálvez Durán** y a **Sergio Eduardo Gálvez Durán**, ya individualizados, a la pena de **cinco años y un día** de presidio mayor en su grado mínimo, 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 y al pago de las **costas** de la causa, como autores de un delito de robo con fuerza en las cosas cometido con escalamiento sobre especies que se encuentran en un lugar habitado, en grado de tentado, en perjuicio de M.I.P.G., cometido el 28 de julio de 2020 en la comuna de San Francisco de Mostazal.

II.- Que atendida la extensión de la pena impuesta y por no reunirse en la especie los requisitos de los artículos 4°, 8°, 15 y 15 bis de la ley 18.216, en su texto vigente, no resulta procedente beneficiar a los condenados con alguna de las penas sustitutivas reguladas en dicha ley, por lo tanto deberán cumplir la sanción corporal aplicada en forma efectiva, sirviéndole de abono el tiempo que han permanecido privados de libertad por esta causa desde el 28 de julio de 2020, fecha de su detención, (287 días hasta hoy), como se desprende del apartado Octavo del auto de apertura de Juicio Oral y lo señalado por los interviniente en la audiencia de juicio.

Acordada la decisión de condena de Sergio Eduardo Gálvez Durán con el voto en contra del juez Allende Cabeza, quien fue del parecer que no se logró acreditar a su respecto, ningún tipo de autoría ni de participación.

No está demás decir que dependiendo de la teoría que se adopte respecto de la autoría y participación, será posible atribuir o no la misma al acusado antes referido. Así, desde el punto de vista objetivo – formal, pasando por la teoría del dominio (funcional) del hecho, analítica del hecho punible o

distinción cuantitativa de autoría y participación, se arribará a diferentes resultados. Consecuencias distintas también se advierten en cuanto a la posibilidad de existir la denominada “coautoría unilateral”.

No obstante lo anterior, Winter Etcheberry, en su artículo “Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno...”, realiza un análisis neutro del artículo 15 N° 1 y 3 del Código Penal, a fin de conciliar tales numerales. Así, concluye *sic* “en los casos en que más de una persona interviene en un delito, quienes realicen directamente la conducta descrita por el tipo penal estarán incluidos en la primera variante del art. 15 N° 1. Por otro lado, aquellos que durante el contexto de la ejecución realizan aportes inmediatos que constituyen una superación de un impedimento para la realización del tipo, estando o no concertados, contribuyen de manera inmediata al hecho, por no requerirse una voluntad adicional para hacer valer dicha contribución, y son coautores según el art. 15 N° 1 segunda variante. En el caso de quienes contribuyen de manera mediata, siempre que estén concertados para la ejecución, es decir, que según el plan deban realizar alguna colaboración coordinada con la ejecución, responderán según el art. 15 N° 3, primera variante. Luego, responderán por el 15 N° 3, segunda variante, quienes concertados para la ejecución, es decir, que tienen un rol de refuerzo o al menos potencial en ella según el plan, presencian el hecho, sin realizar ninguna otra colaboración”.

Luego de esta breve síntesis, para enmarcar el análisis, en el caso concreto, se arriba a la necesaria conclusión de que debe existir un concierto previo, para atribuir responsabilidad al acusado ya individualizado.

Antes del análisis de la norma, hay que precisar cuál fue la conducta desplegada por el investigado, la que se pudo ver directamente por estos magistrados en las imágenes de las cámaras de vigilancia municipal exhibidas.

Así, se ve que 3 sujetos caminan juntos en la noche en las inmediaciones de una plaza, conversan, se separan unos metros para luego reunirse y seguir su desplazamiento por una avenida que da (o sale) a la referida plaza. En específico antes de llegar a un toldo de lona y conforme a las declaraciones de los propios imputados en cuanto a su identidad, Felipe Gálvez hace un gesto de apuntar hacia arriba en diagonal, para luego de al parecer hablar algo con Sergio ya que están de frente, en una rápida acción, en principio fallida, aquél accede a un balcón apostado en el segundo piso casi justo arriba del techo de lona en comento. Debajo del techo se quedan Sergio Gálvez y un tercero. Sergio, mira en todo momento hacia arriba, para luego de unos segundos hacer un gesto con su mano derecha, impresionando como disconformidad con su hermano, se intenta subir a un pequeño muro de cemento de unos 50 a 80 centímetros (al parecer que forma parte de una jardinera del lugar) a fin de tomarse del techo referido, sin lograr su objetivo, ya que cae al piso. En un segundo intento logra su propósito y da la impresión de sostener un diálogo con su hermano que está en el balcón, asomando la cabeza por sobre el techo indicado, momentos en que éste comienza a descender. Al llegar al piso Felipe, todos reanudan su marcha, Sergio mira hacia arriba, camina y luego se vuelve a mirar hacia el balcón, gesto que hace en una tercera oportunidad antes de llegar a la calle junto a sus acompañantes. Al cruzar la avenida, vuelve a mirar hacia el balcón, esta vez por unos segundos más. Los 3 se pierden por otra calle hasta que son captados por otra cámara, esta vez en la línea férrea, hasta que se produce su detención al caminar por la calle lateral de la misma, a aproximadamente una cuadra del respectivo cruce.

Así las cosas, admitiéndose el concierto también en el numeral 1 del art. 15 del Código Penal (así lo requiere la teoría del dominio del hecho), se puede

sostener que el imputado no realizó ninguna de las conductas descritas en el tipo penal, por lo que mal puede considerarse coautor.

Tampoco se logra advertir de qué forma el inculpado, durante la ejecución del hecho, habría realizado un aporte inmediato a fin de superar un impedimento para la realización del tipo, cuando solo se aprecia que estaba debajo de un techo de lona, a unos metros del balcón, se sube a una estructura de cemento, se toma de su borde y cae al suelo, para luego hacer un gesto hacia la persona, que más parece de reproche. Mal se puede interpretar que pretendía subir al mismo para acceder al balcón, ya que se observa la debilidad propia del techo y además ninguna acción tendiente hacia tal fin realiza posteriormente.

En cuanto a las hipótesis del N° 3, este magistrado desconoce o no advierte una colaboración coordinada con la ejecución del hecho (más propiamente principio de ejecución).

Finalmente cabría considerar que este sujeto, habría realizado una acción de refuerzo, al menos potencial en ella según el plan.

Cabe destacar que estamos en presencia de un delito tentado, que tiene serias consecuencias penológicas en razón de la existencia del artículo 450 del Código Penal, por lo que la determinación de esta pretendida intención del acusado en el hecho, debe quedar establecida más allá de toda duda razonable, o en otras palabras, inferirse de hechos inequívocos, vale decir, que necesariamente lleven a esa y no otra conclusión.

Es por ello, que de la conducta antes explicada llevada a cabo por el acusado, a este magistrado le resulta complejo sostener que por el solo hecho de haber ido al lado de su hermano, que apunta un balcón, para luego éste subir al mismo, quedándose Sergio abajo, sosteniendo un diálogo con el condenado, pero antes con un además de reproche, sea indicio suficiente para

construir primero el concierto con su consanguíneo para perpetrar un delito, luego, para atribuirle además el dolo requerido por el tipo penal.

Menos aún para pretender atribuirle algún tipo de cooperación, descartándose desde ya la conducta recogida por el artículo 16 del Código Penal, ya que solo se ve que al menos se quedó y conversó con su hermano.

Pero ya desde el punto probatorio, no se puede soslayar el hecho de que los acusados, introdujeron una versión alternativa a la conducta desplegada por cada uno de ellos, la que al menos parcialmente cobra relevancia respecto de este imputado. En efecto, si bien es más complicado sostener esta “no intención” de Felipe de cometer el delito, ya que realizó hechos que inevitablemente llevar a sostener su intención de apropiarse de especies ajenas (escalamiento, acceso a un balcón, rotura de un vidrio del ventanal), respecto de Sergio sí aparece plausible el hecho de no estar de acuerdo con su hermano, primero por el gesto que hace con la mano y luego con el diálogo que sostiene con él, al subir al muro de cemento, o según sus dichos, manifestándole que se bajara, que se podía caer y que los metería en problemas. Esta última actitud por lo demás, se corresponde con su preocupación al mirar en reiteradas ocasiones hasta el balcón al que había accedido su hermano.

Surge así por lo tanto, una duda razonable en cuanto a la pretendida intención de robar se le pretende atribuir, al existir una teoría alternativa que también explica su comportamiento externo, observado por este magistrado.

Atendido que los imputados han sido condenados por delito que merece pena aflictiva y habiéndoseles impuesto efectivamente tal sanción corporal, dese cumplimiento a lo previsto en el artículo 17 de la ley N° 20.568, oficiándose al Servicio Electoral, en su oportunidad.

Una vez ejecutoriado este fallo, remítanse los antecedentes al Juzgado de Garantía correspondiente para el cumplimiento de la sentencia, y en

especial, para que se cumpla con lo prescrito en el artículo 17 de la Ley N° 19.970.

Se deja constancia que para los efectos de la publicación de esta sentencia en el sitio web del Poder Judicial, deberá resguardarse los antecedentes de la víctima M.I.P.G. y del testigo R.T.G.A.

Devuélvase a los intervinientes la prueba documental incorporada al juicio. Regístrese y en su oportunidad, archívese.

Redactada por el juez David Eduardo Gómez Palma y el voto en contra por su autor.

RIT N° 88-2021.-

RUC N° 2000765005-2

Dictada por los jueces titulares del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua don Sergio Enrique Allende Cabeza, doña María Esperanza Franichevic Pedrals, y don David Eduardo Gómez Palma.