

Santiago, treinta y uno de agosto de dos mil veintidós.

VISTOS Y OÍDOS LOS INTERVINIENTES:

El Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de ocho de julio pasado, procedió a **absolver** a **VÍCTOR CAMILO NIÑO ORELLANA**, de los cargos formulados en su contra como autor de los delitos consumados de porte ilegal de arma de fuego; porte ilegal de municiones y receptación de vehículo motorizado, con motivo de los hechos ocurridos 07 de agosto de 2020, en la comuna de Maipú de esta ciudad; y a **condenarlo** a la pena efectiva de **diez años y un día** de presidio mayor en su grado medio y a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, sin costas, en su calidad de autor del delito consumado de robo con intimidación, perpetrado en perjuicio de Sthepane Chery, el mismo 07 de agosto de 2020, en la comuna de Maipú de la ciudad de Santiago.

Se reconoce como tiempo a descontar de la sanción impuesta el lapso que el sentenciado ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad por esta causa, desde el día siete de agosto de dos mil veinte a la fecha y hasta que la presente sentencia se encuentre firme o ejecutoriada.

Asimismo, se dispuso la determinación de la huella genética del sentenciado para su inclusión en el registro respectivo

En contra del citado fallo, la abogada de la Defensoría Penal pública, doña Claudia Rebolledo Bovone, en representación del condenado, dedujo recurso de nulidad, sólo en cuanto a la condena impuesta como autor del delito de robo con intimidación, fundada en la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en relación con del artículo 12 N°16 del Código Penal.

Mediante resolución de cuatro de agosto en curso, esta Corte declaró admisible el arbitrio de nulidad y el dieciséis del mismo mes se llevó a cabo la vista del recurso, alegando el representante del Ministerio Público y del condenado Víctor Camilo Niño Orellana, fijándose la audiencia del día de hoy para la lectura del fallo de nulidad.

CONSIDERANDO:



Primero: La causal de nulidad en que se sustenta el arbitrio es la de la letra b) del artículo 373 del código de enjuiciamiento penal, esto es,”... *Cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo...*”, debido a que se aplicó indebidamente al sentenciado la agravante establecida en el artículo 12 N°16 del Código Penal, aumentándose la sanción impuesta por la sentencia.

Segundo: En lo medular del recurso se sostiene que el vicio se produce en el basamento décimo del fallo, referido a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, en el cual, para acoger la agravante de reincidencia específica, el tribunal tomó en consideración una condena de tres de enero de dos mil diecisiete, dictada en la causa Rol Interno N°256-2016, de ese mismo tribunal, en la que Niño Orellana fue condenado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y a cuyo respecto la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, mediante resolución de 05 de junio de 2019, le había concedido el beneficio de libertad condicional -actualmente suspendido- con motivo de la presente causa.

Tercero: Expresa que la referida agravante no debió ser acogida y ella influye en lo dispositivo del fallo, ya que por el sólo hecho de estimarse concurrente, excluye el mínimo de la pena asignada al delito de robo con intimidación, lo que queda de manifiesto en el considerando undécimo del fallo censurado.

Lo anterior, dado que, a su entender, el delito de robo en lugar habitado y el de robo con intimidación no son “delitos de la misma especie”. Agrega que, al no estar regulado el contenido de lo que significa esta frase, éste queda entregado en su interpretación al tribunal y, debido al efecto pernicioso que la concurrencia de esta circunstancia agravante tiene al momento de la determinación de la pena, la misma debe ser interpretada de manera restrictiva y en base al principio in dubio pro reo que se contempla en la ley penal, en la carta fundamental y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, según lo cual debe preferirse aquella interpretación que más favorezca al imputado, que en este caso era desestimar la modificatoria.



Cuarto: Afirma la improcedencia de la agravante, basado en que los referidos delitos no protegen el mismo bien jurídico y su modalidad de ejecución y forma de ataque, son diferentes, lo que debe tenerse en consideración, no bastando que coincida en el bien jurídico propiedad o la seguridad de las personas, como lo señala el fallo recurrido, ya que en su ejecución se vulneran bienes jurídicos distintos. En el robo en lugar habitado “la propiedad, sino que la inviolabilidad del hogar, la intimidad” y en el de robo con intimidación, la seguridad personal y la propiedad. Por ende, la identidad que el tribunal da a estos dos delitos es errónea.

Cita en apoyo de su posición jurisprudencia de esta Corte de Apelaciones y doctrina de autores nacionales, entre ellos, Labatut, Etcheverry, Cury y Garrido Montt, quienes coinciden en que existe identidad cuando se trata del mismo bien jurídico protegido y en segundo término cuando la forma que adopta el ataque sea similar, concordando en el criterio de la “identidad absoluta”, es decir, debe cometerse el mismo delito.

Concluye, expresando que teniendo presente además que el marco rígido respecto de los delitos contra la propiedad que da a las circunstancias agravantes efectos desproporcionados en relación con la determinación de la pena se debe ser riguroso para acogerlas, según sea el caso.

Quinto: En lo relativo al perjuicio, afirma que de no haberse acogido la agravante del artículo 12 N°16 del código punitivo, la pena impuesta a su representado habría sido más favorable para éste, influyendo el yerro en lo dispositivo del fallo, puesto que como lo señala el motivo undécimo, por aplicación del artículo 449 N°2 del Código Penal, el Tribunal excluyó el mínimo de la pena asignada al delito, determinando su quantum en atención a la extensión del mal causado con el ilícito, “toda vez que la víctima habría recuperado el teléfono móvil que le habría sido robado”.

Solicita que se declare la nulidad parcial del fallo en lo que respecta al delito de robo con intimidación por el cual fuera condenado el enjuiciado y dictar una sentencia de reemplazo que no considere concurrente la agravante y se condene al acusado Víctor Camilo Niño Orellana a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

Sexto: El recurso de nulidad reglado en el estatuto procesal penal ha sido instituido por el legislador para invalidar el juicio oral y la sentencia



definitiva o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley, esto es, por contravenciones precisas y categóricas cometidas en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento del veredicto, abriendo paso a una excepcionalísima decisión de reemplazo y, dada la causal elegida por el recurrente, ésta importa necesariamente aceptar los hechos tal como han sido establecidos, sin cuestionar su construcción ni razonamientos valorativos, por lo que el reproche sólo se puede relacionar con aspectos de derecho.

Séptimo: Asimismo, este medio de impugnación es de carácter extraordinario y de derecho estricto, en el que las infracciones alegadas deben ser de tal naturaleza que tengan la suficiencia para variar de manera trascendente lo decidido.

Octavo: En estas condiciones, en atención a la motivación elegida, necesariamente debe asumirse la base fáctica tal como quedó establecida en el basamento quinto de la sentencia, calificada en el motivo octavo, como constitutiva de un delito de robo con intimidación, la que se reproduce para efectos de contexto y es el del siguiente tenor: *“El día 07 de agosto del año 2020, a las 20.30 horas aproximadamente, en circunstancias que Sthepane Chery se encontraba efectuando labores de reparto a bordo de una bicicleta, desplazándose por calle Pablo Burchard, cerca de la calle Longitudinal, comuna de Maipú, fue interceptado por dos sujetos, quienes se desplazaban a bordo de una motocicleta tipo scooter, ocupando Víctor Camilo Niño Orellana el asiento de la parte posterior de la motocicleta, quien mediante un arma aparentemente de fuego tipo revolver amenazó a Sthepane Chery, para que este último le entregara su teléfono celular marca Huawei, color negro, dándose luego a la fuga con dicha especie, a bordo de la motocicleta que era conducida por otro sujeto no identificado, siendo posteriormente interceptados por un funcionario de la Policía de Investigaciones que se encontraba en las cercanías del lugar, lográndose la detención de Víctor Camilo Niño Orellana”.*

Noveno: En este entendido, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, consideró en base a la figura típica acreditada en el juicio, que se cumplían los supuestos necesarios para tener por establecida en contra del encausado Niño Orellana, la circunstancia agravante de reincidencia específica, dada la



condena previa que le había sido impuesta como autor de un delito de robo con fuerza en dependencias de un lugar habitado -la que a la época del actual ilícito no se hallaba prescrito-, acreditada con su extracto de filiación y antecedentes y la copia de la sentencia recaída en la causa RIT N°256-2016 de ese mismo tribunal; desestimando, según se desprende del considerando décimo del fallo cuestionado, la alegación de la defensa en orden a que los descritos no serían delitos de la misma especie, pues, razonan los sentenciadores, se trata de ilícitos pluriofensivos y, tanto, en el robo con intimidación como en el robo en lugar habitado, fundamentalmente los bienes jurídicos protegidos son la seguridad de las personas y la propiedad, sin perjuicio de que pueda también ampararse en esos ilícitos algún otro bien jurídico.

Décimo: Así las cosas, la interpretación del Tribunal de Juicio Oral, que esta Corte comparte, se estima es la acertada para lograr la identidad que exige la modificatoria que se reclama, la que no requiere para su configuración una coincidencia plena en cuanto al disvalor de la conducta sancionada, sino que un elemento común que está dado por el bien jurídico protegido, que en ambos delitos conviene en ser el patrimonio.

Al efecto, el artículo 351 del Código Procesal Penal, como norma de determinación de pena, considera delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico, sin la exigencia adicional de que, en aquellos de carácter pluriofensivos, como son los analizados, deba confluír una identidad total de bienes jurídicos afectados.

Por consiguiente, compartiendo el robo en lugar habitado y el delito de robo con intimidación, una base ilícita común, como lo es la lesión a un mismo bien de carácter patrimonial, sin perjuicio de afectar en cada caso, además, otros bienes, como lo son la seguridad, la libertad y la integridad física y síquica de las personas, este sustrato valorativo se torna en bastante para cumplir con la exigencia de tratarse de delitos de la misma especie, lo que explica jurídicamente la concurrencia de la modificatoria.

Undécimo: En la forma que se viene señalando, el quantum de la pena impuesta se ajusta a lo prevenido en el numeral 2° del artículo 449 del código del ramo, como consecuencia de la agravante de reincidencia específica; de modo que no resulta posible acreditar un error de derecho en la sentencia



impugnada, por lo que el desechar la tesis de la defensa, que aboga por el rechazo de la agravante, no supone la existencia del vicio que se invoca, lo que conduce a desestimar el arbitrio de nulidad.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 374 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad deducido por la defensa del condenado **VÍCTOR CAMILO NIÑO ORELLANA**, en contra de la sentencia de ocho de julio de dos mil veintidós, dictada por el Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago el proceso RUC No 2000805243-4, RIT N°17-2022, la que, en consecuencia, **no es nula**.

Acordada la decisión contra el voto de la ministra (I) Ana María Osorio Astorga, quien fue de opinión de acoger el recurso de nulidad deducido por la defensa del encartado, invalidar parcialmente el fallo y dictar uno de reemplazo que rechazando la agravante del artículo 12 N°16 del Código Penal, imponga al condenado Niño Orellana, una pena dentro del rango del presidio mayor en su grado mínimo.

Lo anterior, puesto que, en su interpretación, siendo el Derecho Penal uno de “última ratio”, regido por el principio pro imputado, debe operar siempre una aplicación restringida de aquellas circunstancias que agraven la responsabilidad criminal; y, por consiguiente, la exigencia de los presupuestos de la modificatoria en análisis debe ceñirse a una identidad total o absoluta de los bienes jurídicos afectados, no bastando para su configuración, que concuerden solamente en la lesión de uno de ellos, como ocurre en el presente caso, en el que los delitos por los cuales ha sido castigado el encartado se vinculan únicamente por la afectación del patrimonio, en circunstancias que su alta penalidad se justifica porque además, vulneran otros bienes jurídicos específicos, sin que se advierta correspondencia a su respecto, en los delitos por los cuales se ha estima reincidente.

Lo anterior cobra relevancia atendido el marco rígido establecido por el legislador para la determinación de la sanción aplicable al caso sub-lite.

En este contexto el vicio anotado, influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, conforme a lo manifestado por el tribunal en el



basamento undécimo de la sentencia, que por la agravante no puede aplicar el mínimo del grado establecido por la ley para el delito.

Regístrese y devuélvase.

Redacción y voto en contra de la ministra (I) Ana María Osorio Astorga.

Penal N° 3.235-2022.

No firma el Ministro Sr. Balmaceda, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo, por estar haciendo uso del permiso del artículo 347 del Código Orgánico de Tribunales.

Pronunciada por la **Sexta Sala de esta Corte de Apelaciones**, presidida por el ministro don Jaime Balmaceda Errazuriz e integrada por la ministra (i) doña Ana María Osorio Astorga y el abogado Integrante don Cristián Lepín Molina.





XSQBXBWRKCD

Pronunciado por la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministra Suplente Ana Maria Osorio A. y Abogado Integrante Cristian Luis Lepin M. Santiago, treinta y uno de agosto de dos mil veintidós.

En Santiago, a treinta y uno de agosto de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

