

C.A. de Concepción

rtp

Concepción, treinta de diciembre de dos mil veintidós.

**VISTO:**

En estos antecedentes Rol ingreso Corte N° 1102-2022, el abogado Gonzalo Fuentealba Galloso, en representación de la víctima y querellante Caja de Compensación y Asignación Familiar de los Andes, dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, de cinco de octubre de dos mil veintidós, que en lo pertinente al recurso condenó a Gabriel Andrés Proboste Orias a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo y a la inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, por su participación en calidad de autor del delito de incendio, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 476 N° 2 del Código Penal, cometido el 25 de octubre de 2019 en la comuna de Concepción.

El arbitrio anulatorio acusa que el fallo cuestionado incurrió en el motivo absoluto de nulidad contemplado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal 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.

Solicita que se acoja el recurso de nulidad deducido por la causal que invoca y se anule la sentencia y el juicio oral, ordenando la remisión de la causa al tribunal no inhabilitado que correspondiere para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral, conforme al mandato del artículo 386 del Código Procesal Penal.



Declarado admisible el recurso, se llevó a efecto la audiencia correspondiente, recibándose las alegaciones orales de los abogados que concurrieron a la vista de la causa.

**CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que según lo reseñado en lo expositivo, la causal de nulidad que debe ser examinada, es aquella que se sustenta en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en relación al artículo 68 bis del Código Penal. Considera que el Tribunal Oral en lo Penal de Concepción cometió una equivocación al rebajar la pena en un grado, al mínimo establecido en la ley que es de 5 años y 1 día, lo que se explica por la errónea aplicación del derecho que se denuncia, específicamente del artículo 68 bis del Código Penal, el que dispone: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores, cuando sólo concurra una atenuante muy calificada el Tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito.”.

Explica que este error en la aplicación del derecho quedó palmariamente establecido en el considerando decimoséptimo del fallo cuestionado, según el cual “...la pena asignada al delito de incendio del artículo 476 N° 2 del Código Penal es la de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Que concurren en la especie dos circunstancias atenuantes, una de ellas muy calificada y una agravante, por lo que el tribunal, acorde con lo dispuesto en el artículo 68 del mismo código, compensará la agravante con la atenuante de irreprochable conducta anterior y, subsistiendo una sola atenuante muy calificada, acorde con las facultades que otorga el artículo 68 bis, rebajará la pena en un grado al mínimo del señalado por la ley y se fijará en el quantum que se dirá en lo resolutivo.”.



Arguye que la sentencia examinada modifica los supuestos fácticos y normativos del artículo 68 bis del Código Penal, al extenderlo por analogía a una situación procesal no prevista en la norma y, consecuentemente, ello derivó en que se rebajara -de manera jurídicamente improcedente- en un grado la pena al condenado y se le proporcionara indebidamente los beneficios de la ley 18.216.

Opina que para la procedencia del artículo 68 bis del Código Penal es condición sine qua non que sólo concurra una atenuante muy calificada. Indica que esta norma fue agregada por el N° 3 del artículo único de la ley 17.727 (27 de septiembre de 1972) por medio de la cual el legislador creó una regla nueva relativa al efecto de una sola atenuante, con un supuesto de aplicación propio, a saber: que concurra en el hecho una sola circunstancia atenuante, de manera que una circunstancia atenuante adicional o la presencia de una gravante excluye la aplicación de la regla según su tenor expreso.

Considera que el legislador utilizó expresamente el adverbio de modo sólo, que significa de un solo modo, en una sola cosa o sin otra cosa, según el Diccionario de la Real Academia Española, recordando aquí la regla de hermenéutica jurídica del artículo 19 del Código Civil, según el cual “cuando el sentido de la ley es claro no debe desatenderse su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”, a lo que se debe añadir el artículo 20 de la misma codificación, que manda a entender las palabras de la ley en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras.

En virtud de lo expuesto, el recurrente de nulidad razona que al concurrir en este caso tres circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, dos atenuantes y una agravante, es



jurídicamente errónea e improcedente la aplicación del artículo 68 bis en beneficio del condenado. Refiere que la compensación que realizó el tribunal a quo en su sentencia de la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal con la agravante del artículo 12 N° 8 del mismo cuerpo normativo, importa una supresión intelectual, lógica, pero no factual, ya que dichas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal si concurrieron objetivamente en este caso.

Agrega que como resultado de esta compensación racional, el tribunal a quo mantiene subsistente la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, que además valora como muy calificada, y, a través de este silogismo, erróneamente interpreta que tendría facultades para aplicar el artículo 68 bis del Código Penal, lo que le permitiría imponer al condenado una pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito, lo que importa infracción de ley que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, vulnerándose los artículos 50, 56, 62, 68 inciso 2, 68 bis, y 476, todos del Código Penal, del modo en que se ha expuesto.

**Segundo:** Que previo al análisis de fondo, cabe recordar que la causal de infracción de ley que se invoca como motivo anulatorio, tiene por objeto fijar el recto sentido u alcance de las normas que se dicen afectadas, ya sea porque se desatienden en un caso previsto por ellas; como cuando en su interpretación el juez contraviene fundamentalmente su texto; o cuando les da un alcance distinto, ya sea ampliando o restringiendo sus disposiciones.

**Tercero:** Que, sobre el particular ha de tenerse en cuenta que la causal que se ha esgrimido por la recurrente, concierne entera y exclusivamente a la revisión del juzgamiento jurídico del caso o, lo que es lo mismo, al "juicio de derecho" contenido en la



sentencia, siendo facultad privativa de los sentenciadores de primer grado el establecimiento de los hechos y su calificación jurídica, en virtud del principio de inmediación, correspondiendo al tribunal ad quem sólo indagar si se ha incurrido en errores de derecho que puedan influir sustancialmente en lo dispositivo del fallo, de trascendencia tal que habilite para su anulación.

**Cuarto:** Que reseñados los argumentos del recurrente de nulidad y efectuadas las consideraciones generales que preceden, esta Corte está llamada a decidir si los sentenciadores del grado han incurrido en el error de derecho que se les reprocha, al estimar que el artículo 68 bis de la codificación punitiva permite rebajar la pena en la forma allí señalada, cuando efectuada la compensación de atenuantes y agravantes, subsiste una circunstancia atenuante muy calificada.

**Quinto:** Que según el artículo 68 bis del Código Penal *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores, cuando sólo concurra una atenuante muy calificada el Tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito”*.

Así las cosas, la literalidad de la disposición antes transcrita sólo permite sostener que la consecuencia jurídica que ella autoriza – imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito- opera en el caso de que concurra una sola atenuante muy calificada, pero no señala que dicha circunstancia deba ser la única modificatoria de responsabilidad penal que acompañe al hecho punible desde el inicio del proceso de determinación de la pena. De esta manera, se puede concluir que el artículo 68 bis del Código Penal no impide su aplicación después de una compensación racional entre circunstancias modificatorias inversas, siempre que después de dicho ejercicio



subsista una sola atenuante muy calificada, razón por la cual los jueces de instancia no han incurrido en el error de derecho que se les reprocha.

**Sexto:** Que concurre en apoyo de esta tesis el elemento histórico, toda vez que la norma en examen fue incorporada por la Ley N° 17.772, de 27 de septiembre de 1972, que modificó, entre otros, el artículo 65 del Código Penal, disposición que en el caso de una sola pena indivisible facultaba al tribunal para rebajarla en un grado cuando hubiera dos o más circunstancias atenuantes o una muy calificada y ninguna agravante. La modificación legal eliminó la referencia a una atenuante muy calificada y añadió el artículo 68 bis; todo ello en el contexto de beneficiar a los imputados, mejorando la situación de los condenados para los efectos del proceso de determinación de la pena, de manera que la pretensión del recurrente en cuanto a estimar inaplicable la facultad del artículo 68 bis ya citado cuando la subsistencia de la atenuante calificada es el resultado de un proceso previo de compensación racional, no se ajusta al objetivo legislativo antes señalado.

**Séptimo:** Que, a su vez, la evolución doctrinaria (Jaime Couso, Miguel Cilleros, Héctor Hernández y Jorge Mera, “Derecho Penal Comentado” Pág. 608 y 609) como también la jurisprudencia (sentencia de la Excma. Corte Suprema de 3 de enero de 2006, rol 5.741-2005) han señalado que también es procedente la calificación de una minorante aun cuando existan otras mitigantes, pero que éstas han sido “anuladas” por efecto de la compensación racional, para lo cual tienen en consideración que la calificación de una atenuante es sin perjuicio de “la previa aplicación de las reglas previstas en los artículos 66 a 68 del Código Penal, que disponen compensar racionalmente una



pluralidad de atenuantes y agravantes”. En efecto, si de esa compensación resulta que “resta una atenuante, entonces, sin perjuicio del efecto regular que se le concederá en cada uno de estos preceptos, excluir el grado máximo o el máximo” nada obsta a que el Tribunal, por excepción, y en aplicación del artículo 68 bis, considere esa atenuante remanente, como “muy calificada”.

**Octavo:** Que, asimismo, los autores Couso, Cilleros, Hernández y Mera agregan razones materiales para sostener este criterio, como por ejemplo el principio de proporcionalidad de la pena con la magnitud de la culpabilidad por el hecho o de proporcionalidad entre la magnitud de la sanción y la medida de su necesidad.

**Noveno:** Que por lo anteriormente indicado, el recurso de nulidad debe ser rechazado por no existir el error de derecho que se denuncia.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y visto, además, lo dispuesto en los artículos 352, 372, 373, 376 y 384 del Código Procesal Penal, se **RECHAZA**, sin costas, el recurso de nulidad interpuesto por el abogado Gonzalo Fuentealba Galloso en representación de la parte querellante, en contra de la sentencia de cinco de octubre de dos mil veintidós, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, declarándose que dicha sentencia no es nula.

Acordada con el voto en contra de la ministra Nancy Bluck Bahamondes, quien estuvo por acoger el arbitrio anulatorio, al estimar que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción efectivamente incurrió en el error de derecho que se le reprocha, en atención a las siguientes consideraciones:



1.-Que el artículo 68 bis del Código Penal resulta absolutamente claro en su literalidad, no siendo posible entonces desatender dicho texto, siendo la premisa ineludible para su aplicación –facultativa por cierto- la singularidad de la circunstancia modificatoria concurrente: solo una atenuante;

2.-Que el citado artículo 68 bis se encuentra relacionado con las cuatro disposiciones que lo preceden y es así como su redacción se inicia con la frase “sin perjuicio de lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores” enfatizando algo sin contradecir lo anteriormente afirmado. En este caso, revisados los supuestos contenidos en los artículos 65 a 68 del Código Penal, en lo que al asunto examinado concierne, podemos observar que cada vez que la ley autoriza la aplicación de una pena inferior al grado mínimo asignado por la ley a un ilícito determinado, se requiere copulativamente la ausencia de agravantes y pluralidad de atenuantes (dos o más). En este contexto, el artículo 68 bis lo único que hace es reforzar este sistema excepcional de rebaja de penas y extenderlo al caso en que concurre una sola atenuante, pero muy calificada, lo que permite equipararla a la pluralidad antes descrita, pero siempre en ausencia de agravantes. Un sistema de excepción no puede más que ser interpretado en su literalidad.

3.-Que de esta manera, los jueces del grado aplicaron el artículo 68 bis del Código Penal a un caso para el cual no está previsto, lo que ha influido sustancialmente en lo resolutivo del fallo, no solo por la rebaja en sí misma, sino porque este yerro le ha permitido al condenado acceder a una pena sustitutiva, obteniendo la libertad vigilada intensiva, pese a la gravedad del ilícito perpetrado, lo que amerita la realización de un nuevo juicio oral.





Regístrese y Archívese en su oportunidad.

Redacción de la Ministra titular Nancy Bluck Bahamondes, quien no firma, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por encontrarse con licencia médica.

NºPenal-1102-2022.



Pronunciado por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción integrada por Ministro Suplente Cristian Daniel Gutierrez L. y Fiscal Judicial Maria Francisca Duran V. Concepcion, treinta de diciembre de dos mil veintidós.

En Concepcion, a treinta de diciembre de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

