

C.A. de Santiago

Santiago, diecisiete de abril de dos mil veintitrés.

Vistos:

En este proceso RIT N° 5-2022, RUC N° 2100042452-5, seguido ante el Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de veinticinco de enero pasado se condena a **Yerty Danay Ossandón Araya** como autora de un delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, en grado de tentado, en perjuicio de Daniel Fuentes Carmona, cometido el día 14 de enero de 2021 en la comuna de Maipú, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales.

Se la condena además a las penas de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias legales, como autora del delito de conducir un vehículo, a sabiendas, con placa patente oculta o alterada, previsto y sancionado en el artículo 192, letra e) de la ley 18.290, en grado de consumado, cometido el día 14 de enero de 2021, en la comuna de Maipú y a una multa a beneficio fiscal ascendente a un tercio de unidad tributaria mensual y a la inhabilitación para la obtención de licencia de conducir por el término de un año.

Por la extensión de las penas no se le concede sanción sustitutiva de la Ley N° 18.216.

En contra de esta sentencia el Defensor Penal Privado, don Adolfo Miranda Urzúa en representación de la condena, ha



deducido recurso de nulidad fundado en la causa del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

La vista de la causa se llevó a efecto el 28 de marzo del año en curso, oportunidad en que alegaron ante esta Corte tanto la defensa del condenado como el representante del Ministerio Público, fijándose esta audiencia para la lectura de la sentencia.

CONSIDERANDO:

Primero: El recurrente denuncia infracción al artículo 449 N° 1 del Código Penal y como fundamento de la causa transcribe el fundamento Undécimo del fallo, en el cual se determina la pena aplicable a la acusada, que en lo pertinente, es del siguiente tenor: *“Respecto al delito de robo con fuerza en lugar habitado, en grado de tentado, acorde a lo dispuesto en el artículo 450 del Código Penal, se castiga como consumado, luego al determinar la pena conforme a lo dispuesto en el artículo 449 del mismo cuerpo legal, no se considera lo establecido en los artículos 65 a 69, debiendo aplicarse las reglas establecidas en el artículo citado, esto es, en la especie, la regla del número 1 de tal norma, por lo que acorde a ello este tribunal aplicará el mínimo de la pena posible dentro del grado determinado por la ley al ilícito, atendiendo al número dual de atenuantes y la relevancia de las mismas, como a la escasa extensión del mal causado”*; señalando que se condenó a Ossandón Araya como autora de un delito tentado y por ello no le es aplicable la norma del artículo 449



N° 1 del Código Penal, que impone un marco rígido para este tipo de ilícito, pues dispone que la sanción debe ser la pena señalada por la ley al delito, por lo que corresponde estar al artículo 50 del mismo texto legal, que dispone que a los autores se les impondrá la pena que “se hallare señalada por la ley” agregando la norma que “Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado”.

El recurrente postula que por la especialidad de la norma la interpretación del citado artículo 449 del estatuto penal debe ser restrictiva, aplicando el principio *indubio pro reo*, por lo cual entiende que se aplica solo a aquellos casos en que la sanción a imponer corresponda a la señalada por la ley al autor del delito consumado, sin ser pertinente cuando el ilícito -como ocurre en el caso de la especie- se encuentra en grado de frustrado o tentado, ni a los cómplices o encubridores.

Como consecuencia lógica de todo lo anterior, manifiesta que considerando que concurren dos circunstancias atenuantes, a saber la circunstancia atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, contemplada en el artículo 11 N°9, y la circunstancia atenuante de reparación celosa del mal causado del artículo 11 N°7, ambos del Código Penal, considerando que la pena del delito de robo en lugar habitado se compone por un grado de pena divisible, necesariamente debe darse aplicación al inciso cuarto del artículo 67 del Código Penal, correspondiendo rebajar la sanción al menos en un grado cuando se está en presencia de



dos o más atenuantes de responsabilidad. Cita doctrina y jurisprudencia en apoyo de sus tesis.

Finalmente, explica la trascendencia del vicio alegado, solicitando se invalide el fallo y dictando este tribunal sentencia de reemplazo, conforme a lo establecido en el artículo 385 del Código Procesal Penal, declare que la pena que corresponde imponer a la acusada es la de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo como autora del delito tentado de robo con fuerza en lugar habitado y de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, como autora del delito consumado de conducción a sabiendas con placa patente oculta.

Segundo: Que relación al motivo de nulidad que se revisa, conviene reiterar que el recurso de nulidad regulado en el Código Procesal Penal, ha sido instituido para velar por la correcta aplicación de la ley dentro de los hechos que se dan por establecidos en la sentencia. Además, el recurrente debe precisar si los juzgadores incurrieron en una contravención formal de la ley, en una errónea interpretación del o de los preceptos que se estiman conculcados, o en la hipótesis de falsa aplicación de la ley, defecto que puede producirse cuando la ley se aplica a un caso no regulado por la norma o cuando la sentencia prescinde de la aplicación de la ley para los casos en que ella se ha dictada.

Tercero: Que la defensa plantea que los juzgadores yerran al efectuar la determinación de la pena para el delito de robo con fuerza en lugar habitado. El error de derecho



denunciado radica en la equivocada interpretación de los sentenciadores al tenor de la norma del artículo 449 numeral 1° del Código Penal, por cuanto tratándose de un delito en grado de desarrollo tentado, se excluye su aplicación al caso concreto, debiendo estarse a las normas generales de los artículos 65 a 67 del mismo texto legal.

Cuarto: Que en cuanto a lo preceptuado en el artículo 449 del Código Penal, cabe recordar que la Ley N° 20.931, de 5 de julio de 2016, modificó las reglas de determinación de las penas para ciertos delitos, las que resultan plenamente aplicables al robo con fuerza en lugar habitado. En este contexto, el nuevo sistema autoriza a los juzgadores fijar el *quantum* de la sanción dentro del marco legal fijado por el legislador, sin compensar las atenuantes y agravantes que puedan favorecer o perjudicar al acusado. El inciso primero del precepto dispone: *“Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan: ...”*. El N° 1 establece una regla general: *“dentro del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes concurrentes, así como la mayor o menor extensión del mal acusado”*, es decir, el tribunal tiene la facultad de determinar

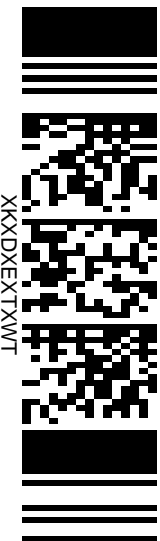


cuál es la pena exacta a aplicar, proceso valorativo entregado a la apreciación del juzgador conforme a las pautas entregados en la norma.

Luego la regla del N°2, como norma de excepción establece que *“Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el mínimo si consta de un solo grado”*.

Lo anterior lleva a concluir que a partir de la señalada data los sentenciadores al determinar la pena para el delito de que se trata no aplicarán las normas generales de los artículos 65 a 69 del Código Penal.

Quinto: Que por otra parte, el artículo 450 del Código Penal, aplicado por los juzgadores, como se lee en el motivo Undécimo del fallo -y contrario al postulado del recurrente-, es una norma vigente y no se advierte oposición con el contenido normativo del precepto antes comentado. En efecto, el artículo 450 contiene una regla especial sobre la pena, por cuanto dispone que ha de imponerse al autor de los casos de tentativa y frustración de un delito de robo con fuerza en lugar habitado, entre otros injustos, una pena igual a la del hecho consumado, prescindiendo de la rebaja de punibilidad que conforme al artículo 51 del Código Penal se concede a la generalidad de los casos de delito imperfecto. Por consiguiente, es una norma de



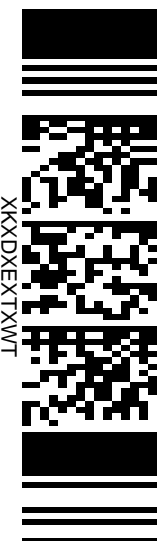
derecho vigente que obedece a razones político criminales y al considerar su texto los sentenciadores se limitaron a aplicarla a un caso previsto en el precepto, es decir, se atuvieron a la pena señalada en la ley para el delito de robo con fuerza en lugar habitado -como consumado- respetando la mayor intensidad punitiva fijada por el legislador.

Sexto: Que, por lo antes razonado, al aplicar al caso concreto la regla del N° 1 del artículo 449 del Código Penal, luego de las normas generales -pertinentes- y de las especiales de determinación legal de la pena -como es el artículo 450- los sentenciadores no incurrieron en la causal de nulidad alegada.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa de **Yerty Ossandón Araya**, contra la sentencia de veinticinco de enero de dos mil veintitrés, emitida en la causa RIT N° 5-2022, RUC N° 2100042452-5, seguida ante el Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, la que en consecuencia no es nula.

Acordado el rechazo del recurso de nulidad con el voto en contra del Ministro Suplente señor Olivares, quien fue de parecer de acoger el mismo pues, en su opinión, la especial disposición del artículo 449 del Código Penal sólo es aplicable a los delitos que se cometen a nivel consumado.

Tiene presente, para así concluirlo, que el artículo 449 del Código Penal no vino a excluir de aplicación lo prevenido en los

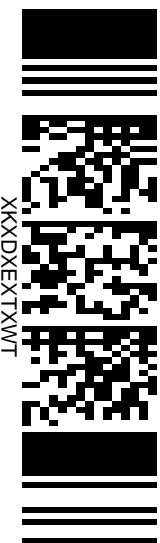


artículos, 50, 51 y 52 del Código Penal, lo que resulta señero para concluir que dicho artículo 449 sólo se aplica a los delitos en grado consumado y los de ejecución imperfecta conforme las reglas que le son propias.

Por lo mismo, al tratarse el delito que se reprocha en autos de un ilícito en grado de tentativa, corresponde sancionarlo conforme al ámbito normativo que le es propio, atendido el específico delito de que se trata, como por el grado imperfecto en que se ha verificado.

Así, al tratarse de un delito de robo en lugar habitado, se debe ajustar su juzgamiento a la norma del artículo 450 del Código Penal y, por ende, si bien se trata de un delito en grado de tentativa, debe sancionársele como consumado acorde al citado artículo 450; empero, al haber establecido el fallo impugnado la concurrencia de dos atenuantes y ninguna agravante, procedía que el Tribunal a quo rebajara en al menos un grado, -desde la sanción base-, la pena a aplicar, de lo que se sigue que era el rango de presidio menor en su grado máximo el que –a lo más-correspondía imponer, incurriéndose, en opinión de este disidente, en una errónea aplicación de lo previsto en el artículo 449 del Código Penal en el fallo que se revisa, al haberse aplicado para un caso no previsto, lo que ha incidido en la determinación final de la pena, al imponerse una cuantía superior a la que correspondía.

Redacción de la Ministra señora González Troncoso.



No firma el Ministro (S) señor Olivares, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo, por haber terminado la suplencia.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

N°Penal-611-2023.



Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministra Jessica De Lourdes Gonzalez T. y Abogado Integrante Eduardo Jequier L. Santiago, diecisiete de abril de dos mil veintitrés.

En Santiago, a diecisiete de abril de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



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

A contar del 02 de abril de 2023, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>