

Santiago, veintidós de octubre de dos mil veinticuatro.

VISTO:

En estos autos RIT 194-2024, del 7° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, RUC N° 2400359301-7, por sentencia de fecha veintiséis de agosto de este año, los magistrados don Héctor Plaza Vásquez, don José María Toledo Canales y doña Marcela Erazo Rivera, condenaron al acusado Ángel Franco Ruiz Taj-Taj al cumplimiento efectivo de la pena de **diez años y un día** de presidio mayor en su grado medio y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos, oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, en calidad de autor del delito de **robo con violencia**, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero del Código Penal, perpetrado el día 28 de marzo de 2024, en la comuna de La Florida.

En contra del referido fallo, la abogada doña María José Canessa, Defensor Penal Público, dedujo recurso de nulidad.

Concedido el recurso y elevados los autos para el conocimiento de esta Corte, con fecha quince de octubre de este año se procedió a la vista de la causa, escuchándose los alegatos de un abogado de la Defensoría Penal Pública y de una abogada del Ministerio Público, fijándose la audiencia del día de hoy para la lectura de esta sentencia.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurrente funda su primera impugnación en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 432, 436 y 439, todos del Código Penal.

Para sustentar su refutación sostiene, en síntesis, que la sentencia que se revisa incurre en el yerro que se denuncia “...*al entender que estamos ante un delito de robo con violencia del artículo 432 del Código Penal y no un robo por sorpresa del artículo 436 del mismo cuerpo legal*”.

Aduce al efecto que existiría una errónea interpretación de lo que puede entenderse como intimidación, dado que ella debe poseer los atributos de seriedad, gravedad, verosimilitud e inmediatez, parámetros que



conforme analiza latamente, no concurrirían, en su concepto, en el caso del hecho investigado.

Afirma, enseguida, que discrepa del razonamiento del tribunal, en cuanto señala que *“...al momento en que el imputado acelera la motocicleta para huir, momentos donde la víctima se sujeta de sus ropas para impedir el robo del teléfono, es donde se agrava el tipo penal y se transforma en robo con violencia como medio comisivo de cometer el delito, pues podía ocasionar consecuencias físicas dañinas”*. Añade que *“... no se le pueden imputar objetivamente dichas lesiones a mi representado. Cabe cuestionarse entonces, ¿quién crea el riesgo jurídicamente desaprobado? Esta parte entiende que es la víctima, pues es ella quien se cuelga de las ropas de mi representado y es ese actuar que genera las lesiones “que son escoriaciones en una de sus rodillas”, lo que dice estrecha relación con aquel actuar de ella, pues al realizar dicha acción es que se verifican dichas lesiones en las rodillas”*, de manera que, según afirma, no concurriría en este caso ninguna de las hipótesis del artículo 439 del Código Penal.

Por las razones expuestas, solicita la anulación del fallo impugnado y que *“...se dicte, sin nueva audiencia -pero separadamente- la respectiva sentencia de reemplazo que se conformare a la ley y en definitiva se le condene a la pena única de 541 años de presidio menor en su grado medio de privación de libertad, más las accesorias legales como autor del delito de robo por sorpresa del artículo 436 inciso 2 del Código Penal”*;

SEGUNDO: Que el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal establece: *“Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:*

b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

Por su parte, el artículo 432 del Código Penal señala: *“El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas,*



comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto”.

A su turno, los incisos primero y segundo del artículo 436 del citado estatuto legal expresan: *“Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, los robos ejecutados con violencia o intimidación en las personas, serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, cualquiera que sea el valor de las especies sustraídas.*

Se considerará como robo y se castigará con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, la apropiación de dinero u otras especies que los ofendidos lleven consigo, cuando se proceda por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión”.

Finalmente, en lo que interesa, el artículo 439 del mismo código sostiene: *“Para los efectos del presente párrafo se estimarán por violencia o intimidación en las personas los malos tratamientos de obra, las amenazas ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega”;*

TERCERO: Que como tantas veces ha sido expresado, la causal en estudio opera cuando frente a un hecho determinado, fijo y asentado, la sentencia ha hecho una errónea o incompleta aplicación del derecho, ha aplicado una norma jurídica diversa a la que corresponde, o bien, se ha dejado de aplicar la norma específica a la situación fáctica constatada.

La afirmación precedentemente apuntada deriva de la premisa legal de que los hechos resultan inamovibles para esta Corte de Apelaciones y, en este entendido, la causal en análisis exige para su formulación la aceptación de los hechos tal y como han sido determinados en el fallo.

La finalidad de este motivo de nulidad no es otro que hacer prevalecer el mandato legal, vale decir, que el asunto sea solucionado y resuelto del modo que se encuentra previsto en la norma respectiva, lo que implica que el cuestionamiento debe dirigirse al proceso de interpretación y de aplicación de la ley en relación a los hechos que se tuvieron por probados en el caso en concreto;



CUARTO: Que, ahora bien, lo cierto es que la tesis que plantea la defensa para sustentar su reproche, se sitúa frente a supuestos fácticos distintos de aquellos que sí fueron establecidos expresamente por los jueces del fondo, quienes en el fundamento Séptimo dieron por establecido el siguiente hecho: *“El día 28 de marzo de 2024, aproximadamente a las 16:00 horas, en los momentos en que A. B. G. C, menor de 13 años de edad, se encontraba en un paradero de buses ubicado en la intersección de las calles San Vicente de Paul con calle San Lucas, en la comuna de Macul, manipulando su teléfono celular, fue abordada por ÁNGEL FRANCO RUIZ TAJ-TAJ, el cual se desplazaba en una motocicleta, quien al observar que la víctima se encontraba sola se subió a la acera con la motocicleta arrinconando a la menor contra el paradero, ordenándole que le entregara el teléfono celular, marca Oppo, modelo A 14, ante lo cual la víctima intentó guardarlo en sus vestimentas, momento en el que el imputado, con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueña, le arrebató la especie de sus manos, apropiándose, luego de lo cual la víctima A.B.C.G., a fin de evitar que el sujeto se llevara su teléfono, asió las vestimentas del conductor de la moto, quien no obstante ello aceleró el vehículo poniéndolo en movimiento para huir con la especie, con lo cual arrastró a la víctima por alrededor de tres metros, momento en el cual fue embestido por un automóvil haciendo que la moto y el conductor cayeran al suelo, procediendo este último a ponerse de pie y comenzar a huir del lugar, no obstante lo cual, al cabo de unos metros se devolvió al lugar de los hechos con la finalidad de abordar y recuperar la moto, siendo en ese momento detenido por vecinos y terceros que se encontraban en el sitio del suceso observando lo ocurrido. Producto del arrastre que sufrió la víctima, esta resultó con lesiones de carácter leve consistentes en heridas excoriativas en sus rodillas”* y, en este sentido, habiendo desarrollado el recurso la pretendida infracción de ley a partir de supuestos



que no corresponden a los que da por asentados el fallo, deberá necesariamente desestimárselo;

QUINTO: Que sin perjuicio de lo razonado precedentemente y sólo a mayor abundamiento se dirá, además, que según puede colegirse del propio tenor del arbitrio en análisis, lo atacado por el recurrente a través de este medio de impugnación no es exactamente la infracción de ley, la que ni siquiera se identifica, si no la calificación jurídica del hecho, que es una cosa diferente, lo cual, en el evento de que ella no apareciere debidamente asentada en el fallo en razones legales o doctrinales, debió ser esgrimida de conformidad a la causal prevista en la letra e) del artículo 374, en relación con la letra d) del artículo 342 y con el artículo 297, todas normas del Código Procesal Penal, sin que esta Corte pueda efectuar el análisis que el recurrente pretende, por tratarse de un recurso de derecho estricto, en que la competencia que le asiste al tribunal revisor está dada precisamente por el motivo de nulidad que se aduce en sustento de él.

No está de más agregar, que a la luz de lo razonado precedentemente el petitorio de esta causal de nulidad fue erradamente planteada, pues la hipótesis que se plantea no se haya entre aquellas previstas en el artículo 385 del Código Procesal Penal, que permiten a esta Corte en el evento de que se acoja el recurso de nulidad, dictar sentencia de reemplazo;

SEXTO: Que no obstante todo lo razonado y sólo a mayor abundamiento, aparece relevante resaltar que en el considerando Décimo los sentenciadores de la instancia expresan latamente las razones por las que desestiman la recalificación requerida por la Defensa y por las que estiman concurrente en este caso la acción intimidatoria.

En efecto, señalan en dicho razonamiento, para descartar la calificación del ilícito como un robo por sorpresa que “...*los hechos jamás constituyeron, ni pueden constituir, una acción o conducta raposa*”. A su vez, dan por establecida la conducta intimidatoria en “...*el hecho de que el acusado subió la motocicleta a la acera para de inmediato aproximarla al paradero de micros en que se encontraba la víctima, acercándola a ésta en tal modo y a tan corta distancia que la dejó acorralada, encerrándola para que no pudiera huir,*



acción a todas luces, y por sí sola, violenta e intimidante, a la que sumó la exigencia verbal y expresa de que le entregara la especie que estaba manipulando en ese momento, diciéndole “pásame el teléfono”. El desplazamiento indebido del vehículo hacia un lugar destinado a las personas, como lo son los paraderos de micros, además de manera violenta, como quiera que el vehículo estando en movimiento se desplazó desde la calle hacia la acera, irrumpiendo en el refugio, espacio inherente a ese tipo de lugar, acercándolo al cuerpo de la víctima a una distancia y de una forma tal, constituye una acción intimidatoria”. Añaden, a continuación, que la referida conducta tuvo la capacidad de inhibir, esto es, de impedir o reprimir el ejercicio de las facultades de A.B.G.C., de sólo 13 años de edad, “quien, en palabras del propio acusado, la víctima quedó “en shock””;

SÉPTIMO: Que conjuntamente con causal anteriormente desechada, el recurrente invoca la de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación, ahora, con los artículos 11 N° 9, 12 N° 16, 436 y 449 N° 2, todos del Código Penal.

Argumenta al efecto, en resumen, que el tribunal a quo yerra “...en relación a la aplicación de la regla extraordinaria de determinación de pena del N°2 del art. 449 del Código Penal (en adelante “CP”), excluyendo el grado mínimo de la pena, cuando no era procedente porque en este caso correspondía compensar una circunstancia agravante, la del artículo 12 N°16 del CP, con una circunstancia atenuante, la del artículo 11 N°9 del CP, y así no aplicar la regla extraordinaria de determinación de pena impugnada”.

Afirma al efecto que “no hay ninguna norma que expresamente impida compensar las circunstancias agravantes con las atenuantes en este tipo de casos, porque si el legislador hubiera querido que eso ocurriera, lo hubiera mandado expresamente”.

Agrega que esta interpretación que ofrece la Defensa “...debe ser preferida además por ser concordante con el principio pro imputado y con la prohibición de considerar dos veces una misma circunstancia, en este



caso la reincidencia específica. Porque de lo contrario la agravante se consideraría dos veces, una para determinar la cuantía de la pena, y otra para excluir el grado mínimo de la misma”.

Sostiene el recurrente que el tribunal del grado “...no debió haber aplicado la regla extraordinaria de determinación de pena contemplada en el N°2 del art. 449 del CP y, por lo tanto, no debió excluir el mínimo de la pena. De este modo, al determinar la pena, debió de haber tenido en consideración que esta partía en 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, no en 10 años y un día, como en definitiva se condenó”.

Pide, finalmente, que se anule el fallo que se revisa y que, por tratarse de una de las hipótesis del artículo 385, se dicte, sin nueva audiencia -pero separadamente-, la respectiva sentencia de reemplazo y que, en definitiva, se condene al acusado a la pena única de 5 años de presidio mayor en su grado mínimo de privación de libertad, más las accesorias legales;

OCTAVO: Que más allá de las razones que se ofrecen para justificar la errónea determinación de la pena, por considerar inaplicable la regla del numeral 2° del artículo 449 del Código Penal, es menester considerar en este caso, las siguientes circunstancias:

- a).- El hecho ilícito de marras aconteció el 28 de marzo de 2024.
- b).- La sentencia del grado se pronunció el 26 de agosto de este año.
- c).- El 27 de agosto del año en curso se promulgó y el 4 de septiembre, finalmente, se publicó en el Diario Oficial la Ley 21.694, que entre otras modificaciones que llevó a cabo en diversos cuerpos legales, en su artículo primero, en lo que respecta al artículo 449 del Código Penal, introdujo reformas en su enunciado y derogó la regla 2ª, siendo actualmente del siguiente tenor:

“Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 ter, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69, con excepción del artículo 68 ter, y se aplicará la siguiente regla:

1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al



número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.

2ª. Derogada”.

La redacción anterior de la norma era la siguiente: “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:

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

2ª. **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**”.

Según señala el inciso primero del artículo 68 ter del Código Penal: “Si concurre una de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 12, numerales 14º, 15º o 16º, el tribunal excluirá el grado mínimo si es compuesta o el mínimo si consta de un solo grado, **salvo que reconozca la circunstancia prevista en el artículo 11, numeral 1º o numeral 9º, en cuyo caso podrá recorrer la pena en toda su extensión**”;

NOVENO: Que conforme estatuye el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal: “Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento”.



Pues bien, nos encontramos en este caso en la hipótesis que analiza la referida norma, toda vez que después de perpetrado el hecho ilícito de marras, pero antes de pronunciada la sentencia de termino -calidad que tendrá precisamente el presente fallo-, se promulgó una ley que al derogar la regla 2ª del artículo 449 del Código Penal, tácitamente aplica al hecho ilícito investigado una pena menos rigurosa, dado que actualmente no se encuentra obligado el órgano jurisdiccional a excluir el grado mínimo de la pena compuesta que prevé el inciso primero del artículo 436 del citado texto legal, esto es, el presidio mayor en su grado mínimo, como sí ocurría con la redacción que imponía a los juzgadores la mencionada regla 2ª.

La conclusión anterior es corroborada precisamente por la modificación que efectuó la aludida Ley 21.694 al encabezamiento del artículo 449, en cuanto incluyó en él, como excepción al mandato que impide al juez considerar en la determinación de la pena de determinados delitos, las reglas contenidas en los artículos 65 a 69 del Código Penal, el artículo 68 ter del mismo texto;

DÉCIMO: Que en la línea de lo que se viene reflexionando y teniendo en consideración que en los considerandos Décimo Sexto y Décimo Séptimo del fallo que se revisa, se hace expresa mención de que *“...al concurrir la agravante del numeral 16 del artículo 12 del Código Sustantivo, forzoso resulta hacer aplicación de la regla segunda del artículo 449, por lo que en la determinación del quantum de pena se excluirá el grado mínimo asignado por la ley al delito, quedando de esa forma situado el marco penal en el presidio mayor en su grado medio a máximo, esto es, desde 10 años y un día hasta 20 años”*, resulta evidente a esta Corte que el tribunal desecho imponer el mínimo del grado de la pena y también efectuar la compensación entre la agravante del artículo 12 N° 16 y la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, por no permitirlo a esa fecha nuestro ordenamiento jurídico.

Ello resulta demostrado en el razonamiento que se plasma en el segundo acápite del motivo Décimo Séptimo, el cual señala que: *“En la especie, considerando que favorece al acusado una*



minorante, que su entidad resultó superior a la habitual en atención a la relevancia que tuvo en la decisión del tribunal, y considerando, además, que la extensión del daño resultó menor, toda vez que las lesiones de la víctima fueron evaluadas medicamente como leves y que la especie objeto del delito fue recuperó (sic), la pena se situará en el mínimo del presidio mayor en su grado medio”;

UNDÉCIMO: Que en este nuevo escenario procesal penal, es menester reflexionar, ahora, en relación al concepto “podrá” que utiliza el artículo 68 ter del Código Penal, para señalar que en la hipótesis de que concurra la atenuante del artículo 11 N° 9, pese a afectar al acusado la agravante del artículo 12 N° 16 del código punitivo, “podrá -el tribunal- recorrer la pena en toda su extensión”.

A este respecto es posible otorgar a dicho verbo dos lecturas distintas, una de índole meramente potestativa, en el sentido de que el juez posee la facultad o autorización legal para hacer algo, lo que estaría entregado a su “libre discrecionalidad” y, otra, que entiende, a la concesión de este imperio, como una discreción débil, que le permite al sentenciador adoptar o no, una o más decisiones, pero siempre ligada a la imposición del deber de hacer público el motivo o la fundamentación de lo que se resuelva, frente a esta posibilidad de elección que el legislador le otorga, la que solo puede ampararse en razones objetivas. Los magistrados que suscriben este fallo adhieren a esta segunda posición y es por ello que desechan el argumento, tantas veces blandido, en orden a que no podría jamás constituir infracción de ley, lo resuelto en aplicación de una norma que entrega al juzgador el “poder” de hacer o no algo;

DUODÉCIMO: Que en el escenario esbozado en los motivos anteriores, tal como acusa la Defensoría Penal Pública, más allá de las reflexiones que pudieren hacerse en relación a la correcta aplicación de las otroras reglas del artículo 449 del Código Penal, en la determinación de la pena en un caso como este, lo que ahora asoma baladí, resulta efectivo que el fallo que se revisa contiene al día de hoy una incorrecta aplicación del



derecho, que los jueces del fondo no pudieron prever al momento de pronunciarlo, al aplicarse en la determinación de la pena una regla vigente a esa fecha, pero actualmente derogada, en perjuicio del acusado, circunstancia que de mantenerse, comportaría vulnerar de paso la garantía del debido proceso, prevista en el inciso final del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, yerro que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que aparece impuesta al condenado una pena superior a la que legalmente le corresponde;

DÉCIMO TERCERO: Que, consecuentemente, el recurso formulado por la Defensoría Penal Pública deberá necesariamente ser admitido al configurarse el motivo de nulidad invocado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo prevenido en los artículos 5° inciso segundo y 19 N° 3° de la Constitución Política de la República y 372, 374 letra b), 385 y 386 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la abogada, doña María José Canessa, Defensor Penal Público, en contra de la sentencia de veintiséis de agosto de este año, dictada por el 7° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, en el proceso RIT 194-2024, RUC N° 2400359301-7, la que se invalida y se reemplaza por la que se dicta acto continuo, sin nueva vista, pero separadamente.

Redacción de la Ministro Sra. Villadangos.

Regístrese y comuníquese.

Reforma Procesal Penal Rol N° 5.327-2024.-

No firma la Ministra señora Brengi, por estar haciendo uso de permiso administrativo, sin perjuicio de haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa.

Pronunciada por la **Tercera Sala de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por la Ministra señora Maritza Villadangos Frankovich, conformada por la Ministra señora Carolina Brengi Zunino y el Abogado Integrante señor Jorge Gómez Oyarzo.



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

Código: HWHWXQCXXYQ



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

Código: HWHWXQCXXYQ

Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministra Maritza Elena Villadangos F. y Abogado Integrante Jorge Gomez O. Santiago, veintidos de octubre de dos mil veinticuatro.

En Santiago, a veintidos de octubre de dos mil veinticuatro, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



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

Código: HWHWXQCXXYQ