

San Miguel, veintidós de marzo de dos mil veintitrés

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción del párrafo tercero del basamento decimocuarto, que se elimina.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Primero: Que, en estos autos, mediante sentencia de veinticuatro de diciembre de dos mil veintiuno, de fojas 3248, dictada por la jueza titular del Noveno Juzgado del Crimen de San Miguel, doña Susana Chacón Arancibia, se resolvió, en lo que interesa, lo siguiente:

a) Por medio de la unificación de la pena correspondiente a los ilícitos investigados en la presente causa con la que le fuera impuesta en sentencia de quince de mayo de dos mil ocho, del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en la causa RIT 25-2008, según consta a fojas 2853, se condenó a XXXa la pena única de cinco años de presidio menor en su grado máximo y una multa de quince unidades tributarias mensuales; a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, y a la accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos, por los delitos de estafa, contemplados en el artículo 468 del Código Penal y sancionados conforme lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 467 del mismo cuerpo legal, en calidad de autor, perpetrados desde el 2003 al 2005, en perjuicio de xx, estos últimos en la causa RIT 25-2008 del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago.

b) Atendido el razonamiento del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, y por reunirse en la especie los requisitos establecidos en el artículo 15 de la Ley N° 18.216, se le concedió al sentenciado el beneficio de la libertad vigilada, debiendo quedar sujeto a un tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y

orientación permanente de un delegado de Gendarmería de Chile, por el plazo de cinco años.

c) El beneficio de la libertad vigilada se tuvo por cumplido, atendido el cumplimiento que consta respecto de la causa RIT 25-2008, del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, y, asimismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 49, inciso segundo, del Código Penal, la multa se sustituyó por reclusión y se tuvo igualmente por cumplida con el mayor tiempo que el acusado estuvo privado de libertad por esta causa, esto es, desde el 7 de junio de 2006, según certificación de fojas 680 del Tomo III, al 28 de diciembre de 2006, según consta de certificación de fojas 1093, Tomo IV.

d) Se acogió la excepción de prescripción de la acción civil deducida por la defensa del acusado Marcelo Toledo Cancino.

Segundo: Que, elevada ante esta Corte la presente causa en consulta de la sentencia definitiva precedentemente señalada, en virtud de lo previsto por el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, correspondió informar, a fojas 3308, a la fiscal judicial doña Carla Troncoso Bustamante, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 513, en relación con lo dispuesto por el artículo 534, ambos del referido cuerpo legal adjetivo, quien es del parecer de enmendarla, *“imponiendo pena acorde a los delitos reiterados establecidos en la consideración sexta [...]”*. Añade que, *“[p]ara el caso de compartir la interpretación de la [j]ueza del grado en orden a la forma de aplicar la regla de reiteración del art. 509 del CPP., igualmente debe ser corregida por haberse resuelto unificación del fallo antes de que esté determinada —y ejecutoriada— la pena en concreto en este segundo proceso”*.

Distingue la fiscal judicial en su informe dos aspectos de la sentencia en alzada: por una parte, comparte lo resuelto por el *a quo* en cuanto a la acreditación de los hechos constitutivos de delito y de la participación que en ellos cupo al encartado, y, por la otra, estima

errado el fallo en orden a la pena que resuelve imponer y a la forma de ejecución de la misma.

En cuanto al segundo aspecto, señala que en el basamento decimocuarto de la sentencia que se revisa, la jueza de primer grado indica que, para el cálculo de la pena, aplica lo dispuesto en el inciso primero del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, en cuya virtud, *“[e]n los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados”*.

Razona la señora fiscal judicial que la jueza de primera instancia *“aplica la regla desde el marco inferior de la pena asignada al delito más grave, y desde ahí aumenta el grado. Empero se estima equivocada la fórmula, pues tratándose de una pena compuesta por más de un grado, debía situarse en la parte superior del mismo — presidio menor en su grado máximo— y desde ahí aumentar por efecto de la reiteración de delitos en uno a tres grados. De lo contrario, no tiene sentido la reiteración de delitos pues, los delitos más graves — aquellos que importaron más perjuicio a las víctimas— quedan subsumidos en la figura inmediatamente inferior. Entonces, la pena a imponer se estima que debió ser una de presidio mayor en su grado mínimo, a lo menos”*.

Además, estima equivocada la forma de adecuar la sentencia de conformidad con lo preceptuado por el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, pues de esta norma *“se colige que primero se dicta el fallo y después de dictado y ejecutoriado, se procede a la adecuación de la pena. No al tiempo de dictarlo como se ejecutó en este caso. Podrá estimarse dilatorio o engorroso, considerando que el condenado no ha apelado —obviamente si no tiene perjuicio— pero hasta que no esté ejecutoriada la pena inicial, no se puede adecuar la pena impuesta en este proceso con la ejecutoriada y cumplida en la causa penal del sistema reformado”*.

En fin, indica el informe del Ministerio Público Judicial que “[p]or lo mismo la sentencia en aquello que declara el beneficio y la pena cumplida también debe ser enmendada, no obstante estar comprobado que el Toledo Cancino cumplió la pena el 26 de junio de 2013 respecto de la otra causa. Además de que esta Fiscal estima que el margen de pena no permitiría el cumplimiento en libertad, el informe presentencial agregado de fs. 3231 es concluyente en orden a la ineficacia de la intervención en medio libre, por lo que de otorgarse el beneficio debería razonarse en orden a desconocer el informe que no sugiere otorgarlo, lo que no se precisa en el fallo, omitiendo el deber de fundamentación”.

Tercero: Que mediante resolución de treinta de noviembre de dos mil veintidós se confirió traslado a la defensa del condenado por el término fatal de seis días, de conformidad con lo establecido en el artículo 514, inciso 3°, del Código de Procedimiento Penal, considerando que el informe del Ministerio Público Judicial resulta desfavorable para aquel.

Arguye en su escrito la defensa del encartado que, con respecto a la determinación de la pena, no existe error *“toda vez que el tribunal, al determinar el grado de pena que le corresponde al sentenciado, sustenta su decisión sobre la base de la pena principal establecida en el artículo 467 del código penal, específicamente el numeral 1, esto es la sanción de presidio menor en su grado medio a máximo. Además, para poder concluir en la determinación de la pena, el tribunal la establece en base a 2 reglas, por una parte, las que establecen las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, y en particular a lo que establece el artículo 67 inciso 2do del código penal, que fija un mandato al sentenciador ante la concurrencia de atenuantes y/o agravantes, y como es de conocimiento de este proceso, la existencia de una atenuante, sin concurrir agravantes, por tanto, la norma establece que ante tal escenario, se debe establecer el grado de pena desde el mínimo, es decir, desde la pena de presidio menor en su grado medio. Por otra parte y en concordancia con lo anterior, para fijar definitivamente la pena, el tribunal se guía en base a la regla del*

artículo 509 del código de procedimiento penal, en tanto a la reiteración de delitos que serán considerados como un solo delito, aumentándoles en uno, dos o tres grados la pena. Por consiguiente, el sentenciador aumenta en un grado la pena mencionada, que corresponde a la pena de presidio menor en su grado máximo”.

En relación con la unificación de condenas, tampoco considera que se verifique el yerro que aduce el informe del Ministerio Público Judicial, *“toda vez que, según el criterio fiscal, para poder unificar las condenas, deberían existir dos fallos ejecutoriados, afirmación que [...] considera más bien acomodaticia y no acorde a las reglas de interpretación de las normas penales, que, como es de conocimiento, la interpretación de las normas penales son de manera muy restrictiva, por tanto, al momento de interpretar la norma penal, debemos situarnos en base a lo que establece el tenor literal de la norma, y en el caso de lo que establece el artículo 164 del código orgánico de tribunales, en tanto a la unificación de condenas, esta establece un MANDATO, al fijar en su inciso final, el DEBER del tribunal que dictare el otro fallo, de modificarlo de oficio o a petición del afectado”.* Añade que *“al ser una norma de carácter obligatorio y no facultativo, se ha sometido la unificación condenas de manera correcta y conforme a derecho, y que por causa de dicha unificación de condenas, se entiende por cumplida la sentencia cuestionada por el informe fiscal, en base a la razón de existencia de dicha unificación, esto es la pena cumplida a cabalidad por [su] representado anteriormente y que ha sido puesta a conocimiento del proceso, cuyo RIT de causa es 25-2008, del cuarto tribunal de juicio oral en lo penal de Santiago”.*

Cuarto: Que esta Corte comparte lo resuelto por el tribunal a quo en la sentencia en alzada, así como lo informado por la fiscal judicial a fojas 3308, en cuanto a que, con la prueba rendida, reseñada en los basamentos quinto y décimo del referido fallo, se encuentra acreditado que desde el año 2003 y hasta el año 2005, xx, en su calidad de representante legal de Inmobiliaria xx (razón social xx), y de Consultora Intercas Limitada, ofrecía asesorías con la finalidad de adquirir

viviendas nuevas o usadas a través de la obtención del subsidio habitacional del SERVIU, o por medio de créditos hipotecarios entregados por los bancos, solicitándole a los postulantes anticipos de dinero por concepto de gestiones operacionales y de asesoría a desarrollarse ante el SERVIU, y así asegurar la compra de una casa nueva o usada o iniciar los trámites ante el respectivo banco que otorgaría el crédito hipotecario, descubriéndose con posterioridad que la inmobiliaria en cuestión no estaría reconocida por el SERVIU, ni tampoco se habrían realizado las gestiones y operaciones para las cuales se le contrató, sin que las sumas de dinero pagadas fueran devueltas a las personas que se inscribieron en dicha inmobiliaria y que se individualizan en el referido motivo sexto de la sentencia que se revisa, por las sumas que para cada caso se indica.

Asimismo, comparte este tribunal *ad quem* la calificación jurídica que, de tales hechos, ha efectuado el tribunal de primera instancia y que se indica en el considerando séptimo del fallo en alzada, esto es, que son constitutivos de 47 delitos de estafa tipificados en el artículo 468 del Código Penal, y sancionados en los numerales 1°, 2° y 3° del artículo 467 del mismo cuerpo normativo.

Quinto: Que, en cuanto a la determinación de la pena, el tribunal *a quo* razona, en el basamento decimocuarto, que, en el caso *sub iudice*, *“se considerará el delito que aisladamente tiene la mayor pena asignada, estimándola como un solo delito, esto es, presidio menor en sus grados medio a máximo (artículo 467 N° 1 del Código Penal), favoreciéndole una atenuante sin que le perjudique una agravante no podrá imponerse la pena en su grado máximo, quedando entonces la sanción en presidio menor en su grado medio, sin embargo, por la reiteración de delitos, conforme al artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, corresponde elevar la pena en un grado teniendo en cuenta el número de delitos, su naturaleza y modalidad de comisión, esto es, a la de presidio menor en su grado máximo”*.

Sexto: Que, como hemos dicho, el referido artículo 509 preceptúa, en su inciso primero, que, en los casos de reiteración de

crímenes o simples delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados. Por su parte, el inciso segundo del mencionado artículo dispone que, si por la naturaleza de las diversas infracciones estas no pueden estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres grados según sea el número de los delitos.

Por consiguiente, habida cuenta que el delito de estafa que se imputa al encartado tiene asignada, en su modalidad más grave — regulada en el numeral 1° del artículo 467 del Código Penal— una pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, si la defraudación excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales, y considerando que concurre en la especie una circunstancia atenuante — la del numeral 6° del artículo 11 del estatuto punitivo— y ninguna agravante, por aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 68 del mencionado cuerpo legal sustantivo la pena que ha de asignarse a Toledo Cancino —y que ha de aumentarse en la forma que preceptúa el artículo 509 del estatuto penal adjetivo— es la de presidio menor en su grado medio, la que esta Corte aumentará en dos grados, atendido el número de ilícitos, esto es, hasta presidio mayor en su grado mínimo, la que se fijará en su *minimum*, según se indicará en lo resolutivo.

Séptimo: Que, en cuanto a la aplicación de la norma contenida en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, es del caso recordar que tal disposición prescribe que *“[c]uando se dictaren distintas sentencias condenatorias en contra de un mismo imputado, los tribunales que dictaren los fallos posteriores al primero no podrán considerar circunstancias modificatorias que de haberse acumulado los procesos no se hubieren podido tomar en cuenta. Deberán, asimismo, regular la pena de modo tal que el conjunto de penas no pueda exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado*

conjuntamente los delitos". Añade, en su inciso segundo, que en los casos señalados *"el tribunal que dictare el fallo posterior deberá modificarlo, de oficio o a petición del afectado, a objeto de adecuarlo a lo allí dispuesto"*.

Octavo: Que la finalidad de la norma en cuestión es *"evitar que cuando exista una pluralidad de procesos que se sigan en contra de una misma persona, por distintos hechos que pudieron ser juzgados conjuntamente, la suma de las condenas impuestas en cada uno de ellos produzca una situación más gravosa para el imputado, al resultar superior, por su naturaleza o cuantía, a las penas que habría correspondido imponer si hubiera efectuado un juzgamiento conjunto"* (Guillermo Oliver Calderón, Aproximación a la unificación de penas, en Política Criminal, volumen 7, N° 14, diciembre 2012, página 251).

Los requisitos que la norma exige para su aplicación son la existencia de pluralidad de sentencias condenatorias y la posibilidad de juzgamiento conjunto, exigencias que se verifican en el caso *sub lite*, por lo que el tribunal *a quo* tenía el deber de adecuar su fallo, de oficio o a petición del afectado, de acuerdo a lo prevenido por el inciso primero del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, esto es, regulando la sanción de modo tal que el conjunto de penas no pueda exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos.

Noveno: Que esta Corte discrepa de lo razonado por la señora fiscal judicial, quien cuestiona la adecuación efectuada por la juez de primer grado en el fallo en alzada en virtud de tal norma, por cuanto, en su concepto, del artículo 164 *"se colige que primero se dicta el fallo y después de dictado y ejecutoriado, se procede a la adecuación de la pena. No al tiempo de dictarlo como se ejecutó en este caso"*.

A este respecto, sostiene el profesor Guillermo Oliver Calderón (*op. cit.*, página 271), *"[a]un cuando la ley no ha señalado cuál es el momento en que resulta procedente solicitar la aplicación del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, parece razonable entender que ello es posible en dos ocasiones. La primera posibilidad es pedirlo en la*

audiencia de determinación de pena a que alude el artículo 343 inciso 4° del Código Procesal Penal, ya que la existencia de condenas anteriores por otros hechos que pudieron haber sido juzgados conjuntamente con el que es objeto del juicio posterior, es un factor relevante para la determinación de la nueva pena a imponer. [...] La otra posibilidad consiste en pedir al tribunal que ya dictó el fallo condenatorio posterior, que cite a los intervinientes a una audiencia especial para solicitar en ella la aplicación del citado artículo 164 [...]”.

Así las cosas, ha procedido correctamente la sentenciadora de primera instancia al aplicar la norma en comento al dictar el fallo en alzada, adecuando la pena de manera tal que las sanciones impuestas en la causa RIT 25-2008, del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, y en estos autos, en conjunto, no exceden de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos.

Décimo: Que, por consiguiente, de conformidad con lo dispuesto en el tantas veces mencionado artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, corresponde adecuar la sentencia dictada en esta causa, teniendo presente lo razonado en el motivo sexto anterior, esto es, que la pena a imponer ha de ser la de presidio mayor en su grado mínimo.

Por consiguiente, considerando que la pena que le fuera impuesta a XXX en sentencia de quince de mayo de dos mil ocho, del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en la causa RIT 25-2008, según consta a fojas 2853, fue la de cinco años de presidio menor en su grado máximo y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, multa de once unidades tributarias mensuales y costas, por su responsabilidad como autor de catorce delitos de estafa cometidos durante el segundo semestre del año 2005, hechos que fueron investigados por el Ministerio Público y conocidos por el referido tribunal oral, atendida la entrada en vigencia de la reforma procesal penal en junio de 2005, esta Corte procederá a adecuar todas las sanciones impuestas, aplicando la

pena única de presidio mayor en su grado mínimo, según se dirá en lo dispositivo del fallo.

Por estas consideraciones, en virtud de las disposiciones legales invocadas, lo reflexionado por la fiscal judicial señora Carla Troncoso Bustamante en el informe de fojas 3308, y visto, además, lo dispuesto en los artículos 533 y 534 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

I. Que **se aprueba** la sentencia en consulta de veinticuatro de diciembre de dos mil veintiuno, escrita a fojas 3248, dictada por la Sra. jueza del Noveno Juzgado del Crimen de San Miguel, doña Susana Chacón Arancibia, **con declaración** de que en virtud de la adecuación de pena prevista en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, se condena a XXX a la pena única de **siete años de presidio mayor en su grado mínimo** y una multa de quince unidades tributarias mensuales, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, y a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos, por los delitos de estafa, contemplados en el artículo 468 del Código Penal y sancionados conforme lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 467 del mismo cuerpo legal, en calidad de autor, perpetrados desde el 2003 al 2005, en perjuicio xxx estos últimos en la causa RIT 25-2008 del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago.

II. Que no reuniéndose los requisitos que exige la Ley N°18.216, no se sustituye la pena impuesta al sentenciado xx por alguna de las allí contempladas y, en consecuencia, habrá de cumplir efectivamente la pena temporal que se le ha impuesto, debiendo imputarse el tiempo de cumplimiento de la sentencia dictada en la causa RIT 25-2008, del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, y el tiempo que el acusado estuvo privado de libertad en esta causa, esto es, desde el 7 de junio de 2006, según certificado de fojas 680 del Tomo III, y hasta el 28 de diciembre de 2006, según consta de la certificación de fojas 1093 del Tomo IV.

Regístrese y devuélvase con todos sus tomos y con sus custodias.

Redacción del abogado integrante Sr. Misseroni.

Rol N° 590-2022-Penal

Pronunciada por la primera sala de esta Corte presidida por el ministro Roberto Contreras Olivares e integrada por el ministro Danilo Quezada Rojas y por el abogado integrante Adelio Misseroni Raddatz.

No obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la presente causa, no firma el señor Misseroni por haber cesado sus funciones como abogado integrante en esta Corte.