

Santiago, uno de septiembre de dos mil veintiuno.

Vistos:

Primero: Que el querellante Ministerio del Interior, deduce apelación en contra de la sentencia definitiva dictada con fecha 15 de junio de 2021, en audiencia de procedimiento abreviado, por el Séptimo Juzgado de Garantía, que condenó a XXXX, a la pena de 239 días de presidio menor en su grado mínimo por el delito de robo en lugar no habitado, previsto y sancionado en el N° 1 del artículo 442 del Código Penal, en grado de ejecución frustrado, en calidad de autor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal, dando por cumplida la pena atendido el tiempo de privación de libertad en que permaneció el condenado bajo régimen cautelar de prisión preventiva.

En cuanto a la calificación jurídica de los hechos establecidos, el tribunal estima que configuran el delito de robo en lugar no habitado, previsto en el artículo 432, sancionado en el artículo 442 N°1 del Código Penal, en grado del desarrollo del delito frustrado, por cuanto no se produjo, en definitiva, la apropiación de las especies, ya que no fueron sacadas de la esfera de resguardo del local comercial, en virtud de la acción de los funcionarios policiales, quienes ingresaron y detuvieron a los imputados en el interior del recinto, con las especies en su poder. Establece que la participación que le corresponde al imputado es de coautor, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

El tribunal desestima que la calificación jurídica de los hechos corresponda a la figura del delito de saqueo, previsto y sancionado en los artículos 449 quater y ter del Código Penal, teniendo para ello en consideración que los elementos que exigen estas disposiciones no se atienen, o no se encuentran establecidos con los hechos materia de la acusación, y en segundo término, por el mérito de los antecedentes investigativos que efectivamente fueron aceptados por el imputado.

Señala el tribunal que: *“En ese orden de ideas, si bien es efectivo que se refiere en los hechos de la acusación, que un grupo de manifestantes habrían efectuado un forado en el local de la farmacia “Cruz Verde” por donde habrían ingresado o ingresaron los imputados XX y su acompañante, lo*

concreto es que efectivamente la norma del artículo 449 ter del Código Penal, exige que la actuación del imputado, sea de manera individual o grupal, se encuentre amparada por la actuación del grupo, lo que no se encuentra acreditado de acuerdo con los propios hechos de la acusación, y efectivamente actuar amparado por el grupo, denota que debe precisamente aprovecharse de la conducta desplegada por la masa o el grupo para la perpetración del delito. En este caso, lo que se acreditó es que un grupo de manifestantes habría efectuado un forado y que por ese lugar ingresaron posteriormente los imputados, pero no se desprende de los hechos acreditados que efectivamente el imputado XXX y la coimputada formaran parte de ese grupo de manifestantes o que actuaron bajo el alero o bajo la protección de este grupo de manifestantes, amparándose en ellos, como para calificar o aumentar la pena privativa de libertad en un grado, como establece el artículo 449 ter. Y en relación con lo dispuesto en el artículo 449 quater del Código Penal, hay que tener en consideración que esta norma exige que este delito, en este caso el robo en lugar no habitado, se cometan en circunstancias tales que contribuyan la sustracción o destrucción de todo o la mayor parte aquello que había o se resguardaba en un establecimiento de comercio, industrial o el propio establecimiento. En estos casos, el hecho se denominará saqueo, y eso es en definitiva lo que el tribunal estima que no se encuentra establecido o acreditado por el mérito de los antecedentes investigativos que fueron aceptados por el acusado”.

Razona que las fotografías que fueron exhibidas por el abogado querellante en la audiencia aparecen descontextualizadas, no hay ningún antecedente que permita establecer con una mediana certeza de cuándo y quién tomó dichas fotografías y que, por tanto, las fotografías que para estos efectos deben de tenerse en consideración, son las que aparecen como anexos al parte policial y que fueron exhibidas por parte de la defensa.

Agrega que, en ningún acápite de los hechos materia de la acusación, se hace mención a que con ocasión de la sustracción de las especies, en las que participó el imputado, se produjo la sustracción o destrucción de todo o la mayor parte de los elementos, mercadería que se guardaba en este establecimiento comercial, como para calificar los hechos como delito de

saqueo. Por estas razones jurídicas, el tribunal entiende que los hechos configuran el delito de robo en lugar no habitado del artículo 442 N ° 1 del Código Penal.

Luego el tribunal se hace cargo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad, estimando que concurre en favor del sentenciado la atenuante del artículo 11 N° 9, por haber aceptado la aplicación del procedimiento abreviado. Y respecto de circunstancias agravantes, el tribunal desestima la del artículo 12 N° 14, cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado, y dentro del plazo que puede ser castigado por el quebrantamiento, por cuanto estima que esto no se refiere a una reincidencia, sino que es una persona que se encuentre efectivamente cumpliendo una condena, razonando que la agravante no consiste en cometer el delito mientras se encuentra cumpliendo una pena sustitutiva, sino que el cumplimiento de una pena privativa de libertad o después de haberla quebrantado y mientras pueda ser castigado por el quebrantamiento. En consecuencia, aun cuando exista un antecedente de que esta persona fue condenada anteriormente por un delito, imponiéndosele una pena de tres años y un día, concediéndole la pena sustitutiva, igualmente no se configura la agravante que invoca el querellante, por cuanto según sus propias expresiones, se le otorgó una pena en la causa anterior del año 2019, siendo una pena de ley 18.216, por lo que no aplica en este caso la agravante.

Exime al sentenciado del pago de las costas de la causa, en atención a sus menores facultades económicas.

Segundo: Que, el apelante centra su reproche en que la calificación jurídica que el tribunal a quo asignó al delito (robo en lugar no habitado del artículo 442 N° 2 del Código Penal), no corresponde, puesto que al caso le es aplicable el artículo 449 quáter y ter, o delito de saqueo, del mismo cuerpo de normas. Hace hincapié en que los hechos se cometieron en la “celebración del estallido social”, el pasado 18 de octubre de 2020.

Señala que, atendida la aceptación de los hechos y los antecedentes de la carpeta de investigación, se dan los presupuestos del art 449 ter del Código Penal. En efecto, el citado artículo dispone que en el caso de los delitos sancionados en el párrafo 3 y 4 del citado código, entre los cuales se encuentra

el robo en lugar no habitado, si el o los mismos son ejecutados con ocasión de calamidad o alteración del orden público, ya sea que se actúe en grupo o individualmente, pero amparado en éste, se aumentará la pena privativa de libertad respectiva en un grado.

Por otra parte, hace ver que, a diferencia de lo que sostiene el tribunal a quo, la norma del artículo 449 ter no exige que el imputado forme parte de la agrupación que ingresó al local, esta puede darse perfectamente con ocasión de la alteración del orden público, o calamidad como en la especie acontece, al estar el país en estado de excepción, y lo indican así el parte policial y los funcionarios policiales respecto de los desórdenes.

Discrepa entonces, de la calificación jurídica que le da el tribunal a quo, por cuanto estima que efectivamente se configura el tipo de delito de saqueo.

Por otra parte, en relación a la prueba aportada en el grado, y atendido lo establecido por el inciso segundo del artículo 406 del Código Procesal Penal, discrepa de la exclusión de prueba efectuada por cuanto, a diferencia de lo señalado por el tribunal a quo, la norma no excluye, o hace distinción del tipo de antecedentes, del lugar de procedencia de los mismos dentro de la investigación, o si estos provienen del Ministerio Público, de las policías, del querellante, de la víctima o del propio imputado, lo importante en este sentido es que estén dentro de la carpeta de investigación. Lo que sí es claro, es señalar que el acusado los debe aceptar expresamente, en forma libre y espontánea, y sin coacción, y en el evento de aceptarlos, lo hace en su integridad.

Hace ver asimismo que en la presente causa fue condenada por el delito de saqueo la coimputada XXX, por estos mismos hechos, y con las mismas imágenes y antecedentes, condena dictada en el mes de abril de este año, por el mismo tribunal, por lo que carece de lógica sostener que los mismos hechos, y los mismos antecedentes revistan otro tipo penal.

En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad, sostiene que en la especie efectivamente se configura la del N° 14 del artículo 12 del Código Penal, desde que el condenado a la fecha de comisión de este delito, estaba cumpliendo una pena sustitutiva impuesta por el 12° Juzgado de Garantía de Santiago, por el delito de robo con intimidación.

Por otra parte, indica que respecto de la agravante del artículo 449 bis del Código Penal, no obstante ser invocada por su parte, el Tribunal a quo omitió pronunciamiento a su respecto en su sentencia, infringiendo de esta forma el artículo 36 en relación al artículo 342, ambos del Código Procesal Penal.

Manifiesta asimismo que en lo que dice relación a la forma de cumplimiento de la pena, el tribunal dio por cumplida la pena al imponer una condena de 239 días de presidio en su grado mínimo. Más, en el entendido que la pena aplicar para este caso es de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, sostiene que el cumplimiento de la pena debe ser decretado en forma efectiva, por los antecedentes pretéritos que mantiene el condenado que no lo harían merecedor nuevamente de una pena sustitutiva.

Tercero: Que, los hechos que se tuvieron por asentados son: *“El día 18 de octubre del 2020, a las 19:30 horas aproximadamente, un grupo de manifestantes hicieron un forado en la cortina metálica de protección de la farmacia Cruz Verde ubicada XXX, comuna de Santiago. Acto seguido, los imputados XXX y XXX, ingresaron por el aludido forado a la farmacia referida y, luego, el imputado XXX tomó desde el referido recinto, que le eran ajenas, diversas especies del local tales como 17 latas de bebidas Red Bull, 12 latas de botellas Power Shat, 6 cajas de preservativos, una botella de alcohol gel y una caja de remedios Teximol con 30 comprimidos, especies todas que guardó en una mochila y, por su parte, la imputada XXX tomó especies varias del recinto. Luego, ingresó al local personal de Carabineros quienes detuvieron en el interior del mismo a los imputados mencionados”*.

En consecuencia, el tribunal entiende que los hechos de acuerdo con la ritualidad del procedimiento abreviado, es posible darlos por establecidos precisamente por cuanto el acusado y su defensa aceptaron estos hechos, no controvirtieron el mérito de los antecedentes de la investigación.

Cuarto: Que, el artículo 449 quater del Código Penal reza como sigue: *“Se aplicará en todo caso la regla 2ª del artículo 449, aun cuando el responsable no sea reincidente, si los delitos señalados en dicho artículo se cometen en circunstancias tales que contribuyan a la sustracción o destrucción de todo o la mayor parte de aquello que había o se guardaba en*

algún establecimiento de comercio o industrial o del propio establecimiento. En estos casos el hecho se denominará saqueo. Si el responsable fuere reincidente en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el juez podrá considerar suficiente fundamento esta circunstancia para la imposición del máximo de la pena resultante.”

Quinto: Que, el juez determinó que no se configuraba el anterior ilícito, sino un robo en lugar no habitado en grado de frustrado, razón por la cual no aplicó la pena asignada al delito de la formalización, sino una pena inferior, según las circunstancias atenuantes o agravantes que perjudica o beneficia al sentenciado.

Sexto: Que, cabe tener presente que la forma y circunstancias de comisión del ilícito no está discutida, sino la calificación de los hechos, sin embargo, esta Corte considera que éstas se ajustan plenamente a lo establecido en el artículo 449 quater citado, razón por la cual se procederá a condenar al imputado a las penas solicitadas por el Ministerio Público, según las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que le afecten o beneficien.

Séptimo: Que, igualmente esta Corte comparte las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que tuvo presente el Ministerio Público al ofrecer juicio abreviado y la pena de 541 días.

Al efecto, según el mérito del proceso, al imputado lo perjudica la circunstancia agravante del artículo 12 N° 14 del Código Penal, a saber, *“Cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento”* por cuanto, revisado el sistema computacional del Poder Judicial, consta que a la fecha de cometer el delito de marras, el condenado se encontraba cumpliendo una condena de 3 años y 1 día por el delito de robo con intimidación aplicada por el 12° Juzgado de Garantía de Santiago en causa RIT N° 738-2019, siendo merecedor en dicha oportunidad de la pena sustitutiva de Libertad Vigilada Intensiva.

Igualmente, la del artículo 449 bis del Código Penal, esto es, *“Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los Párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis de este Título, y del descrito en el artículo 456 bis A, el hecho de que el*

imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquélla no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo.”

Octavo: Que, así las cosas, y tal como se viene razonando, al condenado le corresponde la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, como autor del delito de saqueo, resultando improcedente la aplicación de cualquier tipo de pena sustitutiva de la Ley N°18.216 por lo que la pena impuesta deberá cumplirse de manera efectiva.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 370, 371, 414 del Código Procesal Penal, **se confirma, con declaración** la sentencia apelada dictada en audiencia de 15 de junio del año en curso, por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, en el sentido que el sentenciado **XXXX** queda condenado en calidad de autor del delito de saqueo previsto en el artículo 449 quater del Código Penal, a la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, reconociéndosele como abono los días que el condenado hubiere estado privado de libertad por esta causa bajo régimen cautelar de prisión preventiva, más las accesorias y multas que correspondan, por los hechos ocurridos el 18 de octubre del año 2020, en la comuna de Santiago, y deberá cumplir efectivamente la pena por no reunir los requisitos de la Ley 18.216.

Regístrese y comuníquese

Redactada por el abogado integrante señor Jorge Benítez Urrutia

Penal N° 2638-2021.-