

Santiago, veintiocho de mayo de dos mil ocho.

Vistos:

Ante el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco se realizó el juicio oral signado con el R.I.T. 003/2008 contra Wilson, Yastin y Yeremi, quienes resultaron condenados por sentencia de quince de febrero del año en curso, que se leyó y notificó a las partes con esa misma data, por la cual se aplicaron sanciones corporales de cuatro años de presidio menor en su grado máximo a los mencionados Yeremi y Wilson; y de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, a Yastin, todos ellos en cuanto autores del delito de robo con fuerza en lugar no habitado, en grado de consumado, que recayó sobre especies que se encontraban en dependencias del Banco BBVA, hecho ocurrido en la comuna de Lautaro, el 17 de abril de 2007.

Wilson y Yastin, fueron además, condenados como autores de usurpación de nombre y de la falta contemplada en el artículo 496 N° 5 del Código Penal, respectivamente, a cumplir el primero, una condena adicional de 540 días y el segundo, a pagar una multa de 4 unidades tributarias mensuales.

La referida sentencia ha sido impugnada por el defensor penal público, quien ha invocado en primer término la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, alegando la existencia de violación al derecho a la defensa jurídica y al proceso previo legalmente tramitado, lo que evidencia y fundamenta en las normas del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, artículos 8 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 14 Nos. 1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de los artículos 278, 260, 29, 28, 109, 6, 95, 10 y 12 del Código Procesal Penal y 324 del Código Orgánico de Tribunales.

En forma conjunta, se invocó la causal del artículo 373 letra b) del mismo cuerpo legal, por haberse infringido los artículos 7 y 51 del código punitivo al calificar como consumado un delito que sólo se encontraba en etapa de frustración.

A fs. 74 se aceptó a tramitación el recurso y conforme se aprecia del acta de fs. 99, el día 8 de mayo recién pasado, se realizó la audiencia para conocer del recurso de nulidad.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LA CAUSAL DEL ARTÍCULO 373 LETRA A)

PRIMERO: Que en primer término, a pesar de haberse interpuesto en forma conjunta las causales de las letras a) y b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, se hará el análisis de la que se ha formalizado primero, la que corresponde a la causal de competencia natural de esta Corte y que es aquella por la cual se denuncia el haberse cometido infracción, durante el procedimiento y en el pronunciamiento de la sentencia, en forma sustancial, de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

SEGUNDO: Que, en cuanto al fundamento de hecho de tal capítulo de infracciones, sostiene el recurrente que ha tenido su inicio en el procedimiento propiamente tal, y describe que, encontrándose fijada la audiencia para la preparación del juicio oral el 28 de diciembre de 2007, la Sra. Juez Subrogante decidió, el día anterior, la suspensión de esa audiencia atendida la recarga de trabajo que mantenía en su propio tribunal ¿cual era el de Letras y Familia de Lautaro-, fijando por tanto nueva fecha para el 11 de febrero de 2008 a las 10:10 horas.

Esta postergación, que excedía el plazo que indica el artículo 260 del Código Procesal Penal y la circunstancia de encontrarse los representados del defensor público sometidos a prisión preventiva, lo llevaron a interponer un recurso de amparo al tenor del artículo 95 de ese Código Procesal y a solicitar una audiencia de cautela de garantías de acuerdo a lo previsto en el artículo 10 del mismo, lo que presentó al tribunal el día 7 de enero de 2008.

Sin proveerse dicha petici 3n, agrega, la Sra. Juez el 8 de enero de 2008, esto es, al día siguiente, cita a las partes a audiencia de preparación de juicio oral y de revisión de medida cautelar, a celebrarse ese mismo día a las 13:00 horas, lo que se notificó por correo electrónico al defensor, a las 10:37 horas.

Indica el recurrente que a esa hora se encontraba en una audiencia en Curacautín, de la que salió a las 12:35 horas, momento en que se le avisó que debía presentarse a una audiencia en Lautaro ¿a 53 kilómetros de distancia-, a la que alcanzó a llegar, pero enterándose en ese minuto que no se trataba de la audiencia de amparo y cautela de garantías que él había pedido el día anterior, sino que se realizaría, además, la audiencia de preparación de juicio oral.

Asevera haber perdido la posibilidad -que estaba discutiendo con el Fiscal a cargo- de someter el asunto a juicio abreviado y que, además, el imputado Wilson tenía contratado defensor privado, al que no se notificó, obligándose a ese letrado a asumir la defensa del referido imputado.

No disponía siquiera de la carpeta del caso, de modo que pidió a la Sra. Juez la suspensión de la audiencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 278 del Código Procesal Penal, lo que requirió por sólo 3 días, teniendo el tribunal facultad para hacerlo hasta por 10 días, pero ello tampoco le fue aceptado, a pesar de lo cual la Magistrado pretendió suspender la actuación para el día siguiente para dictar el auto de apertura de juicio oral, a lo que él se opuso por resultar inaceptable a la luz de su decisión anterior.

TERCERO: Que por tratarse de una vulneración de procedimiento, el recurrente alega haber preparado debidamente su recurso, toda vez que interpuso reposición de la resolución de 8 de enero por la cual se fijó la audiencia de preparación de juicio para el mismo día. Tal arbitrio fue desechado por la Juez de Garantía, por estimarse ella incompetente dado que ya había remitido los antecedentes al Tribunal Oral en lo Penal.

Luego, promovió incidente de nulidad de todo lo obrado, el que también fue desechado por similar argumento.

Finalmente, apeló de la decisión de la referida Juez en cuanto mantuvo en prisión preventiva a sus defendidos.

Por último, agrega que en la audiencia del Juicio Oral propiamente tal, tanto en su alegato de apertura como en el de clausura, sostuvo la existencia de infracción al debido proceso antes de la preparación del juicio oral, durante la audiencia destinada a ese efecto y después de ella y que promovió asimismo, un incidente para incorporar prueba nueva al juicio, lo que le fue impedido. Existe además, agrega, una investigación disciplinaria contra la Sra. Juez de Garantía Subrogante que intervino en la audiencia de preparación del juicio.

CUARTO: Que termina pidiendo la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia y se hace cargo, a continuación, de la causal de la letra b) del artículo 373, que se ha invocado en forma conjunta.

QUINTO: Que durante la audiencia realizada para la vista del recurso de nulidad, el representante del Ministerio Público formuló un incidente por el cual requirió se precisare por el defensor compareciente las causales y circunstancias que pretendían acreditarse con la prueba que se había ofrecido en el juicio. En respuesta a tal pretensión, el defensor señaló que se trataba de la causal a) del artículo 373 y que se trataba de acreditar la preparación del recurso, con lo cual, el Sr. Fiscal se dio por satisfecho.

SEXTO: Que durante la audiencia, el defensor produjo prueba de audio consistente en los minutos 14:16 a 15:10 de la pista N° 2 y los minutos 00:00 a 02:46 de la pista N° 3 de la grabación correspondiente al audio de juicio oral y donde pudo escucharse parte del alegato de apertura del defensor público de Lautaro.

A continuación, se rindió la prueba documental, que consistió en:

1) Certificado del Administrador de Causas del Juzgado de Garantía de

Lautaro, en el que se precisa que la audiencia de preparación de juicio oral fue fijada por resolución del mismo día 8 de enero de 2008, notificada al abogado defensor público a las 10:37 por correo electrónico y a las 10:38 por teléfono a su Secretaria; que no se notificó al defensor privado Sr. Santiago Hernández, que representaba a Wilson, toda vez que el defensor público compareció también por aquél en el recurso de amparo y, además, porque constaba a la Sra. Juez que Wilson era representado por el recurrente, porque así se lo manifestó personalmente el imputado en la última visita de cárcel. Agrega el certificado, que no se notificó a las víctimas atendido el carácter de suma urgencia que se le dio a la misma y que la audiencia no fue suspendida por los motivos que constan en el audio.

2) Resolución de 27 de diciembre de 2007, por la cual se suspendió la audiencia de preparación de juicio oral fijada para el día 28 de diciembre de 2007 en los

autos R.I.T. 199-2007, lo que se decidió el día anterior, fijándose en su reemplazo la del día 11 de febrero del año 2008.

3) Escrito de reposición de la defensa, presentado el día 11 de enero de 2008, por el cual se solicitó modificar la resolución de 8 de enero de 2008 y en su lugar dictar otra que resuelva fijar una audiencia de amparo y cautela de garantías y luego, con su mérito, se fije audiencia de preparación de juicio oral, tan rápido como en derecho corresponda, sin afectar el debido proceso a favor de los acusados y las víctimas.

4) Escrito de nulidad de 10 de enero de 2008, en cuyo petitorio se impetró la anulación de la resolución que fijó audiencia de preparación de juicio oral para el mismo día y de todos los actos posteriores que de él emanen o dependan, y que se dispusiera la realización de una audiencia de amparo y cautela de garantías como fue solicitada oportunamente, petición que a esa fecha no se había resuelto de modo alguno.

5) Escrito correspondiente al amparo también interpuesto por la defensa de los imputados y que es de fecha 8 de enero de 2008, por el que se invocaron como fundamentos los artículos 10 y 95 del Código Procesal Penal, 5 y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes, rogando se citara urgente a todos los intervinientes a una audiencia para los fines de amparo, cautela de garantías y revisión de cautelar, por afectar la ilegalidad (sic) de su proceso, garantías constitucionales y legales, y con su mérito se restableciera el imperio del derecho y se dispusiera la inmediata libertad de sus defendidos.

6) Oficio N° 374 de 4 de febrero de 2008, por el cual se solicita informe a doña Marcia Gutiérrez del Juzgado de Garantía de Lautaro sobre la Queja Disciplinaria interpuesta en su contra ante la Corte de Apelaciones de Temuco.

7) Resolución de 8 de enero de 2008, que reza: *Atendido el mérito de los antecedentes, lo solicitado por el Defensor Público y lo dispuesto en el artículo 260 del Código Procesal Penal, cítese a los intervinientes a audiencia de preparación de juicio oral y revisión de medida cautelar, para el día de hoy 08 de enero de 2008, a las 13:00 horas. Cítese en forma extraordinaria a los intervinientes por la vía más expedita, dejando constancia en autos.?*

SEPTIMO: Que, además, se agregó como prueba nueva por la defensa de los condenados, de acuerdo a lo prevenido en el artículo 333 del Código Procesal Penal, y sin que existiera oposición por parte del Ministerio Público, una copia de la sentencia que aplicó la sanción de amonestación privada a la Jueza Subrogante de Lautaro con motivo de los mismos hechos que dieron origen a este recurso y que fue pronunciada en fecha posterior a la de interposición del recurso de nulidad que ahora se analiza.

OCTAVO: Que el representante del Ministerio Público no objetó los documentos adjuntados en esta audiencia e hizo presente, además, al momento de ofrecérselos para su examen, que to dos ellos le eran conocidos.

NOVENO: Que, en consecuencia, no hay discusión en estos antecedentes sobre la efectividad de haber existido una primitiva audiencia de preparación de juicio oral, que fue suspendida y postergada para el 11 de febrero y, luego, en forma sorpresiva, al requerirse de la Sra. Jueza de Garantía el amparo y cautela de los derechos que se estimaban amagados por una de las partes, ésta reaccionó llamándolas a una audiencia que celebró ese mismo día, aproximadamente dos horas y media después de notificadas, precisamente para realizar la postergada audiencia de preparación de juicio oral, que ahora apresuró, conjuntamente para conocer de la revisión de cautelar promovida.

DECIMO: Que para decidir la existencia de alguna infracción a derecho o garantía constitucional de aquéllas a que se refiere el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en la preparación del juicio oral que se conoce por este recurso, sea antes, durante o luego de ella, necesario resulta, primero, abordar brevemente la relevancia que dicha audiencia tiene en el nuevo sistema procesal y en el desarrollo posterior del juicio oral.

La citación a la audiencia de preparación del juicio oral, está tratada en el artículo 260 del Código Procesal Penal y en aquél se contempla que, presentada la acusación, el Juez de Garantía debe ordenar la notificación de todos los intervinientes dentro de las 24 horas siguientes- y citar a una audiencia que deberá celebrarse no antes de 25 días ni después de 35, para cuyo efecto se entregará al imputado una copia de la acusación, dejándose constancia de encontrarse a su disposición, en el tribunal, los antecedentes acumulados durante la investigación.

La finalidad de esta audiencia es entonces preparar el juicio oral con la comparecencia obligatoria del fiscal y del defensor del imputado, lo que se materializa en la relación previa que hace el juez de un resumen de las presentaciones de las partes; la defensa oral del imputado; la corrección de los vicios formales que pudiera presentar la acusación del Ministerio Público, la acusación del querellante y la demanda civil, en su caso; se resuelven las excepciones de previo y especial pronunciamiento que se hubieren opuesto; y luego se abre el debate sobre las pruebas ofrecidas, sea para reducirlas por dilatorias o inoficiosas, o bien, excluirlas; se hace el llamado a conciliación sobre las acciones civiles, si fuera procedente; la decisión acerca de la unión o separación de acusaciones; la celebración de convenciones probatorias; se puede fijar un nuevo plazo para que el imputado pueda ofrecer pruebas omitidas; se ordena la devolución de los documentos de la investigación; se puede rendir prueba testimonial o pericial anticipada, y es posible también, promover las demás incidencias que estimen los intervinientes.

Esta audiencia es de suma trascendencia en el procedimiento porque en ella se fijan de modo definitivo el o los hechos y las pruebas sobre los que versará el juicio y en los que habrá de recaer la sentencia.

UNDECIMO: Que presentada la acusación, el tribunal debe citar a los intervinientes a una audiencia que no puede ser realizada antes de 25 días.

No se trata éste de un plazo arbitrario. Evidentemente que el límite superior de 35 días, tampoco lo es. Pero, el plazo mínimo de 25 días, tiene por objeto precisamente, dar la posibilidad a la defensa de estudiar los antecedentes de que dispone el ente persecutor y que quedan a su disposición para llegar en condiciones apropiadas que aseguren la debida defensa del imputado en la audiencia siguiente que corresponde a la de preparación del juicio oral y que, como se advierte de lo expresado en el fundamento previo, constituye la base sobre la cual se desarrolla el juicio oral, los cimientos de la acusación y los elementos de cargo del fiscal y también, de la teoría del caso y la prueba de descargo de la defensa.

Ese plazo de 25 días encuentra su correlato en la norma del artículo 262 que ordena que todas las actuaciones del querellante, acusaciones particulares, adhesiones y demanda civil, deben ser notificadas al acusado, a más tardar, diez días antes de la realización de la audiencia de preparación del juicio oral. Aunque ese término es bastante menor en el caso del abandono de la defensa donde al nuevo abogado designado se le otorga sólo un plazo de cinco días para que se interiorice del caso (artículo 269 inciso 2° del Código Procesal Penal).

DUODÉCIMO: Que en el presente caso, ya había existido una audiencia fijada en una fecha previa la del día 28 de diciembre de 2007, que fue suspendida el día anterior, por decisión del tribunal, ocasión en la cual, el abogado recurrente debía haber estado en condiciones adecuadas para presentarse y ejercer hábilmente su defensa.

Esa fecha, para la cual el defensor debía estar preparado, estaba fijada once días antes de aquél en que se le llamó sorpresivamente al tribunal para realizar una inadvertida audiencia de preparación de juicio oral.

Esta nueva fecha le fue notificada con dos horas y 22 minutos de antelación, plazo que, para quien se encuentra en otra audiencia a varios kilómetros de distancia, como sostiene el recurrente, no parece suficiente para permitir a un defensor, reanudar adecuadamente la representación en juicio de los intereses de un imputado por delito.

DECIMOTERCERO: Que, para despejar una primera infracción atribuida al juez en el procedimiento, en lo que respecta a la representación de Wilson, el artículo 269 establece que "La presencia del fiscal y del defensor del imputado constituye un requisito de validez de la misma?"

Si no compareciere el defensor, el tribunal declarará el abandono de la defensa, designará un defensor de oficio al imputado y dispondrá la suspensión de la audiencia por un plazo que no excediere de cinco días a objeto de permitir que el defensor designado se interiorice del caso...?"

En lo que respecta al referido Wilson, el recurrente alegó, que no tenía la representación de aquél, quien era representado por defensor privado que no fue citado a la audiencia sorpresiva, debiendo entonces declararse el abandono y aunque se le designara a él mismo, era menester suspender la audiencia.

Sin embargo, se agregó a los autos, por el mismo defensor, la certificación realizada por el funcionario del Tribunal donde se indica que el recurrente dijo en escrito previo, comparecer también por aquél y que dicho imputado habría declarado a la Juez de Garantía, ¿en la visita de cárcel- estar representado por el referido, a pesar que en los antecedentes aparecía con defensor particular.

Luego, de la misma documental agregada por el recurrente en la vista del recurso, aparece que compareció por los tres imputados ¿incluido Wilson- no sólo en los escritos que presentó con posterioridad a la audiencia de preparación cuestionada, sino que lo había hecho antes de ella, al impetrar el amparo, la cautela de garantías y la modificación de medidas cautelares, donde dijo explícitamente que comparecía por los tres imputados, incorporando expresamente el nombre del referido en su solicitud. Dicha presentación, se estima demostración suficiente para descartar este argumento en su pretensión.

DECIMOCUARTO: Que los derechos previamente analizados, tienen reconocimiento en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, en cuanto forman parte de lo que se conoce como el derecho a defensa y el debido proceso.

En el inciso segundo de esa disposición, se estipula que ¿Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida.¿

Más adelante, en el inciso quinto, se contempla que ¿Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y un a investigación racionales y justos.¿

Estos mismos derechos están consagrados en diferentes tratados internacionales, los que alegó en su amparo el recurrente de autos.

DECIMOQUINTO: Que la actuación de la Sra. Juez Subrogante de Garantía de Lautaro, que postergó la audiencia de preparación de juicio y, luego, en forma sorpresiva la adelantó, notificando al defensor con sólo dos horas y 22 minutos de antelación a su celebración, rechazándole además, la petición que aquél le hizo en orden a suspender dicha actuación en virtud de la facultad que le confería el artículo 278 del Código Procesal Penal, podría estimarse un quebranto a las garantías fundamentales de los imputados en orden a ejercer su legítimo derecho a defensa, a ser escuchado en la oportunidad que tenían, a ofrecer las pruebas de que disponían y a impugnar aquéllas que emplearía el Ministerio Público en su contra, con lo cual habría afectado también, la legitimidad del procedimiento por el cual resultaron condenados.

Pero, hay que empezar por reconocer que el defensor público que representaba los intereses y derechos de los imputados estaba presente en la audiencia preparatoria de juicio oral, con lo cual se cumplió con el derecho a contar con defensor interviniente en el procedimiento.

Es probable, como ya se dijo, que el defensor penal público estuviera antes ? el 28 de diciembre de 2007- en condiciones de enfrentar la audiencia o que racionalmente hubiera debido estarlo, por haber contado originalmente con el tiempo suficiente y haber tenido además, los medios adecuados para preparar su defensa de aquéllos a quienes representaba, idea que se explicará más adelante.

DECIMOSEXTO: Que en el presente caso, lo decidido y obrado por la Sra. Juez Subrogante de Garantía de Lautaro pudo causar una vulneración a los derechos y garantías que a los imputados reconocen la Constitución Política y los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentran vigentes.

Sin embargo, para responder la interrogante de si existió aquella infracción y si fue sustancial o no, ha sido necesario conocer aquello de que se vio privado efectivamente el abogado defensor y si se le ocasionó algún perjuicio.

La ley presume de derecho la existencia del perjuicio, cuando se ha impedido el ?pleno ejercicio de las garantías y derechos?, pero en este caso, no hubo tal categoría de infracción, desde que el abogado defensor estuvo presente en la audiencia de preparación de juicio. Al respecto, la Constitución Política de la República garantiza a las personas el derecho a la defensa jurídica y a la asistencia del letrado, completándose tal derecho en el Código Procesal Penal, que establece como requisito de validez para la celebración de la audiencia de preparación de juicio oral, la presencia del defensor. En este caso, el abogado defensor lo estaba.

Lo que se ignora es, si la premura con que fue llamado y las condiciones en que alega haber llegado, sin que se le permitiera la suspensión, significaron efectivamente para sus representados la pérdida del ejercicio efectivo de algún derecho o facultad para ellos.

Para resolver sobre el alcance de la infracción denunciada, teniendo presente lo ya establecido en el fundamento décimo, sobre los objetivos que tiene la audiencia de preparación del juicio oral, es posible señalar, que se echa de menos en el recurso, la indicación precisa de los elementos probatorios que se vio impedido de ofrecer, de aquella prueba ofrecida por el Ministerio Público cuya exclusión quedó imposibilitado de pedir y de la celebración de qué convenciones probatorias se le habría privado, que es lo que reclama haber sufrido en su recurso de nulidad (1.2 letras d) y f), Pág. 79).

No resulta posible incorporar entre las posibles pérdidas el alegato en el que sostuvo que estaba en conversaciones con otro Fiscal (distinto al que se presentó en la audiencia), para someter el asunto a un procedimiento abreviado, primero, porque tal circunstancia no pasaba de ser una mera expectativa y, segundo, porque sobre sus condiciones, nada se especificó.

Lo único que aparece haber pesado al defensor, fue la privación de prueba que deseaba ofrecer, tanto así, que la suspensión que pidió al tenor del artículo 278 del Código Procesal Penal y que le rechazó la Sra. Jueza de Garantía, tenía ese

objeto. El mismo que tuvo el ofrecimiento de prueba nueva que hizo durante el juicio oral y que también le fue desestimada por el Tribunal de Temuco.

Sin embargo, en ninguna parte de su recurso, como tampoco en la prueba que ofreció en estrados, señaló cuál era aquella prueba de la que se vieron privados sus representados y cuál habría sido su ingerencia en el juicio.

Nada se menciona en el recurso sobre aquéllo que presuntamente perdió, al haber sido citado ?en la segunda citación- de manera sorpresiva a la preparación del juicio. Tanto es así, que en la sentencia del Pleno de Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco, que aplicó sanción a la Sra. Jueza interviniente, se aprecia de su informe, que sólo después de la lectura de la acusación y la revisión de sus vicios formales, la defensa solicitó la suspensión, lo que resulta concordante con lo alegado en el recurso, donde la infracción aparece centrada en el impedimento de ofrecer prueba y de impugnar la del Ministerio Público. Pero, de qué prueba se trata si en el recurso ninguna se menciona y, peor aún, en estrados, el representante del ente persecutor manifestó que la ofrecida y rechazada en el juicio oral consistía en la misma que se ofreció ante esta Corte y cuyo objeto era demostrar la infracción de garantías procesales, y no cuestiones de fondo que incidieran en el resultado de la acción penal entablada. Y, en cuanto a la existencia de alguna prueba ilícita aportada por el Fiscal y en la que se hubiese fundado la condena, nada se dijo en el recurso.

En consecuencia, ello conduce a la imposibilidad de estos sentenciadores de calificar, si la infracción de derechos que alega, existió como tal y si fue efectivamente sustancial y siendo así, no puede prosperar la invalidación solicitada por la causal de la letra a) del artículo 373.

DECIMOSEPTIMO: Que no modifica lo resuelto, aquello que se alega respecto de la falta de citación de las víctimas, porque respecto de ellas, no tiene el compareciente la calidad de agraviado.

DECIMOCTAVO: Que de lo antes razonado se desprende claramente que no ha existido vulneración de derechos o garantías establecidos en la Constitución Política de la República o en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, desde que si bien es cierto que se produjo la situación fáctica descrita por el recurrente de nulidad, es lo cierto que no aparece la vulneración de derechos que reclama.

EN CUANTO A LA CAUSAL DE LA LETRA B) DEL ARTÍCULO 373

DECIMONOVENO: Que por esta segunda causal, se alega infracción a los artículos 7 y 51 del Código Penal, porque en concepto de los recurrentes, el hecho establecido en autos, no puede ser calificado de robo en lugar no habitado consumado, sino que se trataría de un delito en grado de frustración.

VIGÉSIMO: Que para la mejor inteligencia de este asunto, se hace necesario tener presente el hecho que se tuvo por establecido, en lo que respecta al robo.

En el fundamento noveno de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, se tuvo por acreditado, más allá de toda duda razonable, ?que el

día 17 de abril de 2007, en horas de la madrugada, los acusados, premunidos de armas de fuego, ingresaron al interior de las oficinas de la plaza de pagos del Instituto de Normalización Previsional Banco BBVA, ubicado en calle Carrera de Lautaro, mediante escalamiento y rompimiento de la techumbre que alberga a dicho inmueble y una vez en su interior procedieron a forzar diversas cajas de seguridad, en una de las cuales se encontraba un revólver marca Taurus, calibre 38 especial, serie NUM000 que utiliza el guardia de seguridad de dicha institución y que está inscrita a nombre del Banco BBVA, sustrayendo en definitiva dineros por una suma cercana a los 2.792.378 pesos y la mencionada arma de fuego. En los momentos que se disponían a abandonar el lugar, con las especies en su poder, fueron sorprendidos por personal de Carabineros, dándose a la fuga y arrojando en su huída parte de lo robado. Horas después de su detención, mientras los imputados estaban en la Unidad Policial respectiva, a Yastin se le encontró entre los glúteos \$50.000 y a Yeremi \$85.000 oculto en los calcetines, valores que correspondían a parte del dinero sustraído.?

VIGÉSIMO PRIMERO: Que como se expresa en el hecho antes transcrito, los imputados fueron sorprendidos ?en los momentos que se disponían a abandonar el lugar?.

En el inciso 2° del artículo 7 del Código Penal, invocado como transgredido por la defensa, se establece que, ?Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad?.

El artículo 51 del Código Penal, que también se denuncia como erróneamente interpretado, contempla por su parte, que ?A los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito?.

Tratándose de un robo, es necesario establecer su verbo rector para la definición del iter criminis que es precisamente lo que se reclama por la presente causal. Se comete robo, cuando una persona sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse, se apropia de cosa mueble ajena, usando de fuerza en las cosas.

El verbo rector de la figura es el de apropiación, lo que supone que el autor del hecho, haga suya la especie que ha sustraído. No basta en la especie, con que simplemente logre sacarla desde un cajón, bóveda o caja fuerte, es necesario que logre extraerla desde el lugar donde la tiene emplazada su dueño de modo que pueda ahora, el mismo delincuente, hacer uso de ella.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que en el caso de autos, como ya se ha dejado consignado en el hecho establecido en el fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, los autores no alcanzaron a salir completamente de las oficinas del Banco donde cometieron el robo, sino que se aprestaban a hacer abandono del lugar.

No lograron, en consecuencia, la etapa de consumación, porque no pudieron sacar el dinero, como tampoco el revólver sustraído, desde la esfera de resguardo de su propietario.

Según se lee de la sentencia y del mismo recurso, fueron sorprendidos sobre el techo de la oficina en cuestión, cuando salían a través del forado que habían hecho para ingresar y escapar. Los funcionarios de Carabineros habían puesto una escalera y subido hasta ese mismo lugar, de modo que pudieron detener a uno de ellos sobre el mismo tejado y a los otros dos, en las inmediaciones, luego que bajaran y trataran de ocultarse en los jardines vecinos. Dejaron especies abandonadas sobre el techo y también en el patio colindante. Pero, lo relevante es que fueron interceptados cuando procuraban salir del lugar donde habían tomado aquello que no les pertenecía, de modo que no lograron cumplir con el cometido de mover las especies fuera de la esfera de resguardo de su propietario. La circunstancia de arriba r dos de ellos hasta un patio, con una parte bastante menor de las especies robadas, no permite concluir que lograron su objetivo, porque ya eran perseguidos por la Policía, iban en huída, no estaban sacando la especie de la protección del ofendido. Menos aún, constituye ese logro, la circunstancia de haberse encontrado entre los glúteos a uno, y entre los calcetines al otro, parte del dinero tomado, varias horas más tarde, cuando ya estaban detenidos, puesto que ello sólo es reflejo de un mal registro policial, pero ese dinero esta ba ?al igual que los detenidos- dentro de un recinto policial, al que fueron conducidos los autores del hecho justo después de ser interceptados cuando procuraban salir de un lugar al que habían entrado a robar.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, en la forma antes señalada, estos sentenciadores consideran que el delito quedó en la etapa de frustración, de modo que no se trata de un robo en lugar no habitado consumado, como se concluyó en la sentencia impugnada, habiéndose incurrido, en consecuencia, en una errónea aplicación del derecho, que ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, toda vez que la pena que debió aplicarse en definitiva, debió ser menor, al tenor de lo previsto en el artículo 51 que se ha denunciado también como infringido.

VIGÉSIMO CUARTO: Que como se viene señalando, por haberse incurrido en error de derecho en la calificación del grado de desarrollo del delito, se acogerá el recurso de nulidad impetrado en autos, pero por la causal de la letra b) del artículo 373, anulándose empero, sólo la sentencia y no el juicio oral, de conformidad a la facultad establecida en el artículo 385 del Código Procesal Penal, que permite actuar de esta manera y dictar la sentencia de reemplazo pertinente, cuando la causal de invalidación no se refiere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se han tenido por probados, sino sólo, cuando - como en el presente caso- se ha aplicado una pena superior a la que legalmente corresponde.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo previsto en los artículos 260, 278, 360, 373, 384, 385 del Código Procesal Penal, 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, 7 y 51 del Código Penal, se acoge el recurso

de nulidad interpuesto por la defensa de los condenados Wilson, Yastin y Yeremi, sólo en lo que respecta a la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, razón por la cual se decide que se anula la sentencia de quince de febrero de dos mil ocho, pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, sólo en lo que respecta al delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, que fue erróneamente calificado como consumado y que afectó al BBVA de Lautaro, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación.

Regístrese.

Redacción del abogado integrante Sr. Fernando Castro Álamos.

Rol N° 1394-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Fernando Castro A.

Autorizada por la Secretaria Suplente de esta Corte Suprema doña Beatriz Pedrals García de Cortazar.