

Santiago, nueve de marzo de dos mil veintiuno.

Vistos:

En causa RIT N° 36-2020 RUC N°1900559075-5 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, por sentencia de quince de diciembre de dos mil veinte, se resolvió, condenar a [REDACTED] a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias de inhabilitación absoluta para cargos y oficio públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos titulares mientras dure la condena y a [REDACTED], a una pena de trece años de presidio mayor en su grado medio, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, con costas, por ser ambos autores de un delito de robo en lugar habitado y un robo con intimidación cometidos en Osorno el 24 de Mayo de 2019.

En el fallo aludido, se dispuso el cumplimiento efectivo de la pena corporal impuesta a los encartados.

En contra de esa decisión la defensa de los sentenciados interpuso recurso de nulidad, el que se estimó admisible por este Tribunal y se conoció en la audiencia pública celebrada el pasado diecisiete de febrero, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

Considerando:

Primero: Que como causal principal del recurso de nulidad interpuesto en autos, se hizo valer aquella contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, “cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales

ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, la que en el presente caso se compone de dos capítulos: a) Infracción al derecho a defensa de los acusados y b) parcialidad del juzgador.

Para fundar el primer acápite de la causal antes aludida, el impugnante aduce vulneración de garantías fundamentales previstas en el artículo 19 N°3 inciso sexto, de la Constitución Política de la República, artículo 341 del Código Procesal Penal, en lo que dice relación con el derecho a un proceso previo legalmente tramitado.

Arguye que el juicio oral se siguió por un delito de robo destinado a la habitación y un delito de amenazas simples y, el tribunal del juicio oral previo a la deliberación procedió a llamar a los intervinientes a debatir la recalificación de los hechos a un único delito de robo con intimidación o a un delito de robo con intimidación y robo en lugar habitado, todos en calidad de consumados, sin disponer al mismo tiempo reabrir la audiencia a objeto de debatir , con todas las garantías del derecho a defensa material, sobre el llamado a recalificar el primer hecho, permitiendo alegaciones de corte valorativo, sobre todo el caudal probatorio que estuvo orientado siempre a la configuración de los delitos de robo en lugar habitado y amenazas simples, pero no permitió el ejercicio del derecho a defensa, en cuanto contradictorio, respecto de los mismos, vulnerando el derecho a defensa que se manifiesta en la reapertura de la audiencia para ese efecto, como reza imperativamente el inciso final del artículo 341 del Código procesal Penal.

Indica que de aceptar este modo de proceder, la defensa no puede impugnar la prueba y la acusación por los medios franqueados en la Ley procesal, especialmente el contrainterrogatorio, declaración del imputado, aportación de pruebas de descargo, lo que implica la vulneración de la Garantía de la defensa

material, puesto que la sentencia se funda únicamente en el ejercicio de un contradictorio vinculado a elementos de un delito nuevo, no previstos dentro del ámbito de la preparación de la defensa técnica, de modo tal que descansa fuera del justo y racional procedimiento.

Sostiene que la decisión del tribunal, en orden a recalificar el hecho por un delito de robo con intimidación, no era previsible para la defensa, ni estaba dentro de los márgenes de lo racional como para comprender la posibilidad mínima de tal decisión.

En lo tocante a la trascendencia de la infracción de ley denunciada, expone que de no haberse llamado a la recalificación o ésta se hubiera hecho con la posibilidad de refutar la prueba de cargo, como mandata expresamente el inciso final del artículo 341 del Código Procesal Penal, su representado no habría visto vulneradas sus garantías fundamentales ni menos habría sido condenado por el delito de robo con intimidación que permitió a los recurridos , en virtud de lo dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal Penal, ya que además existía veredicto condenatorio por el delito de robo en lugar habitado, imponer a los acusados las penas de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio respecto del acusado [REDACTED] ; y la pena de 13 años de presidio mayor en su grado medio respecto al acusado [REDACTED] ; lo que importa una infracción flagrante a la garantía del debido proceso y la libertad personal.

Finaliza solicitando que se acoja el recurso por la causal invocada, se anule el juicio oral y la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrase una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado.

Segundo: Que, como segunda hipótesis de la causal de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, se ha esgrimido la parcialidad del

juzgador, toda vez que finalizada la etapa probatoria, previo a la deliberación, el tribunal llamó a recalificar los hechos contenidos en la acusación a un delito de robo con intimidación o a un delito de robo en lugar habitado y un delito de robo con intimidación, solicitando la defensa que no se impusiera pena alguna, desde que el ejercicio acusatorio le está vedado al tribunal, ya que dicha facultad reside constitucionalmente en el Ministerio Público.

Expresa que la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, al imponer a sus representados una pena por un delito distinto y superior a aquel por el cual dedujo acusación el Fiscal del Ministerio Público, único acusador en la causa, develó que los juzgadores de mayoría no actuaron con el desinterés, indiferencia y pasividad que el rol de verdaderos terceros imparciales, exigido por un sistema procesal penal de inspiración adversarial y acusatoria impone a los jueces, quienes en este caso acusaron y castigaron a los encartados más allá de lo solicitado por el persecutor, sin indicar cuáles fueron los errores jurídicos cometidos por el acusador fiscal, por lo menos sin fundarlos, más allá de la mera expresión normativa, que permitió al Tribunal exceder la pretensión fiscal expresada en las penas demandadas en juicio por el Ministerio Público.

Sostiene el recurrente, que se ha producido un grave perjuicio a sus representados, toda vez que de no haberse acusado por el tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno por un delito de robo con intimidación, sus representados no habrían visto vulneradas sus garantías fundamentales ni menos habrían sido condenados por el delito de robo con intimidación, que permitió elevar las penas requeridas por el Fiscal desde ocho años y quinientos cuarenta días a diez años y un día en caso de [REDACTED]; y desde diez años y un día y quinientos cuarenta días a trece años, en el caso de [REDACTED].

Pide concretamente, en virtud de la causal invocada, se declare la nulidad del juicio y de la sentencia por la cual fueron condenados sus representados, y en virtud de que el perjuicio sólo puede repararse con la realización de un nuevo juicio, se ordene retrotraer la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado al efecto.

Tercero: Que, como primera causal subsidiaria, se hizo valer la prevista en el artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, esto es, "cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341 de Código Procesal Penal".

Para fundar la causal en comento, el impugnante sostiene la mayor diferencia entre los hechos descritos en la acusación fiscal y en la sentencia recurrida se presenta en la inclusión del ánimo de lucro en la imputación de amenazas que justifican su agravación en atención al móvil abyecto perseguido por el agente. Arguye que con la expresión incorporada por la sentencia de " con ánimo de lucro", lo que se busca por los sentenciadores es cumplir con la faz subjetiva del delito de robo con intimidación por el cual dictaron sentencia condenatoria, en los términos que la amenaza " debe estar en relación de medio a fin con la realización misma del delito o con su impunidad: debe haber sido ejercida para facilitar o cometer el robo o para procurar su impunidad. Si la violencia responde a otro motivo, habrá un delito de hurto en concurso con el respectivo delito contra las personas o la libertad.

Estima que cuando el tribunal califica los hechos de la forma en que lo hace, si bien mantiene su apariencia en relación a los hechos contenidos en la acusación fiscal, lo cierto es que ha agregado una circunstancia que de ninguna manera encuentra presente en ella y que es absolutamente necesaria para recalificar el delito como lo hace la sentencia.

Expresa que lo señalado se ve reflejado en el texto de la acusación fiscal ya que ésta describe un delito de robo en lugar habitado, para posteriormente utilizar en su redacción un punto seguido antes de la expresión “luego”, que da cuenta de la separación objetiva y subjetiva de ambas conductas y no permite la imputación del ánimo de lucro a las amenazas simples a fin de conectar ambas conductas en el delito complejo de robo con intimidación por el cual dicta sentencia condenatoria.

Estimando que concurre el vicio aludido, solicita se declare la nulidad del juicio y de la sentencia por la cual fueron condenados sus representados, ordenando retrotraer la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado al efecto.

Cuarto: Que como segunda causal subsidiaria se ha incoado por la defensa la del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, esto es, “Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)”, en relación con lo dispuesto en el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, el cual establece que la sentencia definitiva contendrá “La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y las circunstancias que se dieran por probados fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”.

Sobre el particular, la defensa de los acusados relata que la controversia sostenida por los intervinientes durante el juicio residía, de acuerdo al considerando 3° de la sentencia recurrida, en la prueba insuficiente que existía respecto a la vía de ingreso de los acusados al domicilio de calle [REDACTED] [REDACTED] de Osorno, lugar desde donde habrían sustraído diversas especies, cometiendo un robo en lugar habitado. En concreto la acusación fiscal imputaba

que ambos encartados habrían hecho ingreso escalando por una ventana del inmueble en la concina de éste.

En ese sentido, durante la etapa de rendición de prueba, se contrainterrogó a los siguientes testigos: a la víctima [REDACTED] y a los funcionarios de carabineros Hernán Jara Urrutia, marco Ojeda Guentelicán y Francisco Berger Pérez. Sobre el punto era relevante la labor investigativa en cuanto a la vía de ingreso imputada y la confiabilidad e integralidad de la evidencia filmográfica, ya que se cuestionaba que no se hubiera incautado elemento contundente utilizado para romper la ventana, que no existían fragmentos de vidrios, que darían cuenta de una fractura de ventana en tiempos inmediatos a la perpetración del delito; que no hubiera registro de huellas plantares al ingreso considerando la ventana fracturada y utilizada como vía de ingreso, que no existía filmación por falta de pericia de las cámaras de su ingreso, desde que existía una cámara dispuesta bajo la ventana, cuestionando la forma en que se incautó la evidencia, su falta de pericia por agencias especializadas que permitan acreditar que no había sido editada por la víctima en cuanto a las horas que aparecían registradas en las imágenes, dado que el registro filmográfico fue aportado días después y extraído por un tercero cuya identificación nunca se aportó para darle fiabilidad a tal medio de prueba.

Expresa que los dichos de los testigos no aparecen consignados en el considerando sexto, que contiene referencia a esa prueba, ni menos aparecen en el primer párrafo del considerando noveno que versa sobre la valoración de la prueba acerca del delito de robo en lugar habitado; y que el considerando décimo hace una referencia de credibilidad general de los testigos, pero tampoco da cuenta de una valoración que se otorga a los contrainterrogatorios de la defensa, que la sentencia no recoge de modo alguno, haciendo parecer que la actividad

defensiva de los encartados fue nula, mientras que los ejercicios de conainterrogatorio realizados llevaron a que el juicio se extendiera más de una jornada.

Concluye solicitando que, se acoja el recurso por la causal invocada se anule el juicio oral y la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado.

Quinto: Que, los hechos establecidos en la acusación son los siguientes:

“El día 24 de Mayo de 2019, alrededor de las 13.30 horas los imputados [REDACTED], llegaron hasta la propiedad ubicada en la ciudad de Osorno, calle [REDACTED], se dirigieron hasta una casa interior, posteriormente ingresaron a ella escalando por una ventana, procedieron a revisar el interior y a sustraer con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueño de diversas especies, entre las que se cuentan dinero en efectivo y prendas de vestir, retirándose del lugar con las mismas. Momentos después, alrededor de las 13.48 horas los imputados [REDACTED] [REDACTED] esta vez en compañía de [REDACTED], regresaron a la vivienda, ingresaron por el mismo lugar, es decir, los tres imputados escalaron por la ventana del inmueble y nuevamente procedieron a sustraer con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueño, diversas especies, siendo sorprendidos en dichas circunstancias por [REDACTED], quienes intentaron detener a los imputados, fue así que el imputado [REDACTED] [REDACTED] extrajo un arma blanca tipo cuchillo con el cual los amenazó seria y verosímilmente de muerte, diciéndoles: “sale de aquí o te mato”, amenazas que también fueron proferidas por los imputados [REDACTED]

[REDACTED]. Luego, los tres imputados, intentaron agredir a la víctima [REDACTED] logrando todos huir con las demás especies en su poder. Entre las especies sustraídas se cuentan: Prendas de vestir (parkas y cortavientos), \$270.000 pesos en dinero en efectivo, un talonario de cheque, chocolates, frascos de vidrio, un controlador digital, una cámara fotográfica, joyas y teléfonos celulares”.

Los hechos descritos constituyen, a juicio del Ministerio Público, el delito consumado de robo en lugar destinado a la habitación y amenazas simples, tipos penales descritos en los artículos 440 N°1 en relación con el artículo 432 y 296 N°3 todos del Código Penal perpetrados en calidad de autor por los acusados [REDACTED], según lo previsto en el artículo 14 N°1 y 15 N°1, del Código Penal.

Sexto: Que, los hechos establecidos en la sentencia recurrida son los siguientes: el 24 de Mayo de 2019, alrededor de las 13:30 horas, [REDACTED] [REDACTED] por una ventana ingresaron a la casa habitación ubicada en Osorno, calle [REDACTED], desde donde sustrajeron, con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueño, diversas especies, entre las que se cuentan \$200.000 en dinero efectivo y prendas de vestir, para luego, como a las 13:48 horas del mismo día, [REDACTED], en compañía de un tercer sujeto, regresar a la señalada casa habitación y volvieron a ingresar por la misma ventana. En circunstancias que, con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueño, tomaban para sí diversas especies, fueron sorprendidos por [REDACTED] quienes intentaron detener a los agentes, momento en el que, al menos uno de estos, con un cuchillo, los amenazó diciendo que lo mataría, para, acto seguido huir estos del lugar con las cosas sustraídas”.

Expresa a continuación el fallo, en su considerando quinto: “Los hechos descritos, en su primera parte, configuran un delito de robo en lugar habitado en grado de consumado, por cuanto en la especie ocurrió que terceros se apropiaron de cosas muebles ajenas y sin la voluntad de su dueño, las que se encontraban a resguardo en la casa habitación donde moraba el ofendido, a la que ingresaron por una vía no destinada al efecto y, con ánimo de lucro y sin derecho a ello, las tomaron y sustrajeron de la esfera de resguardo de su tenedor, configurando con ello el ilícito tipificado en el artículo 432 y 440 n°1 del Código Penal, esto es cometido mediante la modalidad de escalamiento.

Una vez consumado el delito señalado y después de haber abandonado el lugar de los hechos al cabo de un rato los mismos agentes, más un tercero, ingresaron nuevamente al mismo inmueble desde donde sin derecho a ello y con ánimo de lucro, volvieron a sustraer cosas muebles ajenas que en dicha casa se encontraban a resguardo y al ser sorprendidos en tal conducta, para impedir la resistencia u oposición a que se quitaran, al menos uno de los hechores amenazó con darles muerte a los terceros que intentaron impedir la consumación del ilegítimo acto expropiatorio, de manera seria y verosímil, logrando huir con las cosas, todo lo cual configura el delito consumado de robo con intimidación tipificado en los artículos 432, 433 y 436 del Código Penal en relación a lo dispuesto por el artículo 439 del mismo cuerpo de leyes.”

Séptimo: Que, en cuanto concierne a la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, el articulista la fundamenta, esencialmente, en la circunstancia de haberse formalizado y acusado a los imputados como autores de los delitos de robo en lugar habitado y amenazas no condicionales, habiendo el Tribunal Oral llamado a los intervinientes a recalificar los hechos y condenado finalmente a los imputados por el delito de robo en lugar

habitado materia de la acusación y un delito de robo con intimidación, cuando respecto de este último delito, no se permitió a la defensa controvertir en lo sustantivo y en lo probatorio dicha calificación jurídico-penal distinta de la contenida en la acusación.

Sostiene que al no reabrirse la audiencia por el tribunal, para proceder a un debate efectivo sobre la calificación distinta de los hechos establecidos, se vulneró el derecho a defensa y, en particular, la garantía del debido proceso legal, que asegura una adecuada defensa y la producción de la prueba pertinente. Argumenta que lo expuesto implica una vulneración de la garantía de la defensa material, puesto que la sentencia se funda únicamente en el ejercicio de un contradictorio vinculado a elementos de un delito nuevo, no previsto dentro del ámbito de la preparación de la defensa técnica, de modo tal que descansa fuera del justo y racional procedimiento, resultando imprevisible la decisión del tribunal, infringiéndose la garantía constitucional del derecho a defensa en su vertiente “derecho a ser oído, derecho a refutar o impugnar la prueba de cargo”, como presupuesto mínimo del debido proceso consagrado en el artículo 19 N°3, inciso 6°, de la Constitución Política de la República.

Sostiene que no basta con llamar formalmente a recalificar y a debatir sobre la recalificación, sino que debe otorgarse a la defensa un real derecho a defenderse de dicha nueva calificación, "sobre todo, si en virtud de esta recalificación el acusado arriesga una pena que excede con mucho la pena antes de dicha recalificación. Si no, el derecho a defensa como garantía sería solo letra muerta sin contenido real." Entiende que el tribunal puede exigir de los intervinientes un debate jurídico distinto del propuesto por el órgano persecutor, "sin embargo, aquel llamado encuentra como limitación objetiva la defensa material, es decir, la facultad de refutar y contradecir la prueba de cargo, más allá

de las alegaciones argumentativas, porque lo que está en juego es, amén de las consideraciones del imputado como sujeto de derecho, la legitimidad de la sentencia condenatoria.”

Octavo: Que, de conformidad al artículo 341 inciso final del Código Procesal Penal -expresa el recurrente- una vez realizado el llamado a recalificar los hechos, la audiencia debe reabrirse, lo que significa volver a discutir, volver a impugnar en el fondo, todo el caudal probatorio, especialmente cuando existen elementos de facto no controvertidos, expresando que todo aquello no ocurrió en el caso de marras de manera que el derecho a defensa se ha visto violentamente conculcado.

Noveno: Que, en cuanto al perjuicio causado a la parte por la ocurrencia del vicio reclamado, sostiene el recurrente que la infracción de la garantía constitucional del debido proceso legal, significó para los imputados el haber sido condenados por un robo con intimidación , que permitió en virtud de lo dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal Penal, imponer penas de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio respecto del acusado [REDACTED] y la pena de 13 años de presidio mayor en su grado medio, respecto al acusado [REDACTED] lo que importa una infracción al debido proceso y a la libertad personal.

Décimo: Que, en relación a lo antes expuesto, también el recurrente ha esgrimido una segunda causal de nulidad, en carácter de subsidiaria, fundada en la norma contenida en el artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, causal que resulta necesario además tener en consideración.

Respecto de este vicio, estima que la mayor diferencia entre los hechos descritos en la acusación fiscal y en la sentencia recurrida, se presenta en la inclusión del ánimo de lucro en la imputación de amenazas que justifican su agravación en atención al móvil abyecto perseguido por el agente; ya que con la

expresión incorporada por la sentencia “ con ánimo de lucro”, lo que se busca por los sentenciadores es cumplir con la faz subjetiva del delito de robo con intimidación por el cual dictaron sentencia condenatoria.

Expresa que con la afirmación de obrar con ánimo de lucro al momento de las amenazas simples, se agrega el dolo en los acusados y su conducta, que es ánimo especial que conecta dos acciones diversas.

Que tal finalidad de obrar con ánimo de lucro al momento de las amenazas simples, no está en la acusación fiscal y el tribunal al darlas por establecidas en la sentencia, conectándolas con las amenazas simples inicialmente enunciadas en la acusación, en este ejercicio se justifica para obtener la recalificación de un delito de amenazas simple a un delito de robo con intimidación infringiendo el artículo 341 del Código Procesal Penal.

Décimo Primero: Que, de conformidad con el precepto legal antes citado, "si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrirla, a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella."

En el fundamento segundo de la sentencia, los jueces expresan que conocida la decisión de condena el ente persecutor ajustó sus solicitudes de penas, mencionando como delito distinto al sostenido en la acusación el de robo con intimidación.

A su vez, en el considerando tercero expresan las alegaciones de la defensa de [REDACTED] en cuanto al robo con intimidación por el cual se ha condenado, y sus planteamientos frente a la facultad del tribunal de calificar de manera distinta los hechos, expresando que no puede deducir una acción penal distinta. Finalmente, en el considerando décimo segundo, se expresa que “en

cuanto al robo con intimidación, estiman los jueces de mayoría, que no se ha deducido una acción distinta, cuestión que procesalmente no corresponde en este estadio, sino que el acusado ha sido condenado por hechos contenidos en la acusación a los que han asignado una calificación jurídica distinta a la propuesta por el persecutor, debiendo en consecuencia ser asignada la pena correspondiente”.

Décimo Segundo: Que, de acuerdo con el artículo 341, inciso primero, del Código Procesal Penal, la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. "En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella."

Esta regla, conocida como "correlación entre imputación y fallo", integra, como lo afirman la doctrina y la jurisprudencia, el derecho de defensa, en cuanto a través de ella se garantiza que nadie puede ser condenado por un hecho distinto del que ha sido materia de la acusación. (Horvitz-López, Derecho Procesal Penal chileno, T. II, p. 426). Ver jurisprudencia citada por Pfeffer Urquiaga, en Código Procesal Penal Anotado y Concordado, pp. 516-517.

Se ha declarado que el principio de congruencia no se ve infringido -ni tampoco el derecho de defensa- en los casos en que a los mismos hechos expuestos en la acusación se les ha dado una calificación jurídica distinta. (ICA Antofagasta, 13.10.2003, Revista Procesal Penal, Nro. 16, p. 25; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, 29.11.2003, Revista Procesal Penal, Nro. 17, p. 140).

El profesor Carlos del Río Ferretti nos dice que el artículo 341, regulador del deber de correlación, declara explícitamente que elementos de la acusación deben ser respetados por la sentencia y que otros, a pesar de ser parte de la acusación, no demandan la correspondencia de la sentencia. Precisa que el concepto de

objeto del proceso recogido en la ley se define por el hecho punible y que se excluye del mismo a la calificación jurídica, dejándola en manos del tribunal en virtud de la facultad de aplicación del derecho, aunque condicionada por el presupuesto de eficacia de sometimiento a contradicción de la tesis de calificación del tribunal. ("Deber de congruencia (rectius, correlación) de la sentencia penal y objeto del proceso: un problema no resuelto en la ley e insoluble para la jurisprudencia chilena", en Revista Ius et Praxis, año 14, Nro. 2, pp. 87 y s.s.)

Décimo Tercero: Que, si bien de la lectura del fallo recurrido, se puede deducir -toda vez que no se encuentra explicitado- que el tribunal llamó a las partes para debatir sobre la pretendida recalificación del hecho punible establecido y la defensa argumentó al respecto, oponiéndose a dicha decisión, dándose así cumplimiento formal a lo requerido por el artículo 341 ya mencionado, estos sentenciadores estiman indispensable no detenerse por esta constatación en su análisis de la nulidad procesal alegada.

Décimo Cuarto: Que, el recurrente arguye, que en la sentencia, y para sustentar la nueva calificación jurídico-penal de los hechos, se incorporó una circunstancia totalmente nueva, constituida "por el ánimo de lucro."

Décimo Quinto: Que, en el fallo materia del presente recurso, el tribunal no expresa claramente cómo se propone a los intervinientes la re-calificación jurídico-penal durante la audiencia de juicio, expresando tan sólo en el último párrafo del considerando décimo segundo que mediante la calificación de los hechos como robo con intimidación, no han deducido una acción distinta, sino, que se han limitado a calificar de acuerdo a otra figura penal, los hechos contenidos en la acusación; razonamiento que no recoge las alegaciones de la defensa en cuanto al resguardo al derecho a defensa.

Décimo Sexto: Que se debe tener presente, que el ente persecutor le imputó a los acusados amenazar a quienes los sorprendieron, sin reprochar una unidad de acción con la única sustracción que también se les imputa.

Al efecto se debe tener presente que las amenazas no condicionales, se entienden un atentado al bien jurídico "seguridad individual", o bien, a " la libertad de autodeterminación" , mientras que el delito de robo con intimidación, siendo posible de cometer mediante amenazas, requiere que éstas deben estar dirigidas a la consumación de la sustracción que se pretende.

Que los sentenciadores, al recalificar los hechos una vez terminado el debate, no han permitido la efectiva defensa en torno al elemento volitivo del delito por el cual finalmente terminan condenando, añadiendo de esta forma, como hechos o circunstancias no contenidas en la acusación y a fin de sustentar la nueva nomenclatura jurídico-penal, el dolo directo o intención de obtener mediante las amenazas la apropiación de las especies , imputando una nueva sustracción a los hechos por los que se acusaron, pasando a formar parte de dicha figura de sustracción nueva, las amenazas originalmente enunciadas.

No hay que olvidar que en lo relativo al hecho que califica de amenazas la acusación, no aparece la sustracción o alguno de los elementos subjetivos integrantes del robo con intimidación, sino que la imputación se efectúa desligando este hecho con el robo con fuerza en las cosas que platea antes; motivo por el cual no ha tenido que necesariamente presumirse que integraban un mismo hecho, tanto así, que el ente acusador, los calificó separadamente.

Décimo Séptimo: Se ha resuelto que todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato, con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no pudieron cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente, lesiona el principio de congruencia

(Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, 20.05.2003, cit. en Pfeffer, p. 516). La situación descrita en este fallo es plenamente aplicable al caso de autos, como también sus consecuencias procesales.

Décimo Octavo: Que, en la especie, los hechos o circunstancias incorporados en la sentencia y no descritos en la acusación no son normativamente accidentales o accesorios, revisten, sin duda, alta relevancia normativa-típica, puesto que sin ellos la re-calificación no habría sido factible. En concepto de este tribunal, tales elementos fácticos nuevos, esenciales, sin cuya introducción el tipo penal elegido para sustituir al de la acusación simplemente no tiene existencia, lesionan la posición procesal de defensa o alteran su eficacia, frente a lo cual hay que asegurar un mecanismo de debate contradictorio para la introducción de esas modificaciones fácticas, incluyendo la posibilidad de la defensa de introducir prueba. (Del Río Ferretti, cit., p. 120)

Décimo Noveno: Que, con el mérito de todo lo expuesto, se acoge la causal principal de nulidad, teniendo en cuenta que la exigencia de correlación entre los hechos de la acusación y la sentencia se entiende formar parte de la garantía del debido proceso legal, garantía vulnerada en este caso, con influencia sustancial en lo decisivo de la sentencia cuestionada.

En consecuencia, no son necesarias mayores argumentaciones sobre los motivos subsidiarios del libelo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra a), 376 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la defensa de los acusados [REDACTED] [REDACTED] y en consecuencia, se invalida la sentencia de quince de noviembre de dos mil veinte y el juicio oral que le antecedió, en el proceso RIT N° 36-2020 RUC N°1900559075-5, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno,

y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado.

Acordada con el voto en contra del Ministro (S) Sr. Mera y de la Abogada Integrante Sra. Gajardo, quienes estuvieron por rechazar el presente recurso, por estimar que no se configuran las causales de nulidad invocadas, y teniendo presente en lo relacionado con el motivo principal de nulidad, lo siguiente:

1. Que los hechos establecidos en la acusación – reproducidos en la motivación quinta precedente – son los mismos que estableció la sentencia recurrida – y que se reproducen en la motivación sexta que antecede – siendo en base a estos hechos que los jueces del fondo efectuaron la calificación jurídica que desembocó en una condena.

2. Que la calificación jurídica de los hechos forma parte de los poderes jurisdiccionales, siendo el juzgador quien determina el derecho aplicable a los hechos que da por probados. Así, la acusación no puede limitar los poderes del juez, en cuanto al ejercicio de sus potestades naturales, y dentro de ellas, la referida calificación jurídica de los hechos y la recalificación del delito por el cual se ha acusado.

3. Que el correcto sentido del artículo 341 del Código Procesal Penal es el que viene propuesto por el fallo recurrido, en cuanto nadie puede ser condenado por un hecho distinto del que ha sido materia de la acusación, independiente de la calificación jurídica que a esos hechos se diera.

4. Por último, lo que debe existir, atentos los valores que asegura el debido proceso penal, es la garantía de contar con oportunidades procesales en que las partes puedan debatir, lo que en el caso sub lite aconteció según da cuenta el fallo recurrido. La finalidad del precepto legal anotado es aquella que pretende que

nadie sea condenado por un hecho distinto del que ha sido materia de la acusación, independiente de la calificación jurídica que a esos hechos se diera, la que en todo caso fue puesta en conocimiento de las partes cuando fueron llamadas por el tribunal a quo a debatir en torno a la recalificación, dándose cumplimiento formal a lo requerido por el citado artículo 341 del Código Procesal Penal.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la abogada Integrante Sra. Gajardo.

Rol N° 154.667-2020

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por el Ministro Sr. Mauricio Silva C., los Ministros Suplentes Sres. Raúl Mera M., Jorge Zepeda A., Juan Pedro Shertzer D., y la Abogada Integrante Sra. María Cristina Gajardo H. No firman los Ministros Suplentes Sres. Mera y Shertzer, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber concluido, ambos, su período de suplencia.