

Santiago, veintiseís de abril de dos mil diez .

Sala: **Novena**

Rol Corte: Reforma procesal penal-400-2010

Ruc: 0800514012-K

Rit : O-208-2009

Juzgado: 3º TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO

Integrantes: ministros señor Juan Cristóbal Mera Muñoz, señora Adelita Ravanales Arriagada y abogado integrante señora Paola Herrera Fuenzalida

Digitador (a): Sra. Cecilia Sepúlveda C.

Fiscal:

Defensor:

Nº registro de Audiencia: 0800514012-K-90 --- 100426-00

Vistos:

En la causa RIT 0-208-2009 del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, por sentencia definitiva de 12 de febrero de 2010- en lo que interesa al recurso en examen- se condenó al acusado Jesús Patricio López Aguilar, a la pena única de presidio perpetuo calificado, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida del penado, por su responsabilidad como autor directo de un **delito de robo con violación** en la persona de la menor de iniciales M.J.F.S., previsto y sancionado en el artículo 433 N° 1 en relación con los artículos 361 N° 1, 432, 436 y 439 todos del Código Penal, perpetrado en la comuna de Las Condes de esta ciudad, el día 9 de junio de 2008; de los **delitos de robo con intimidación y abuso sexual** en la persona menor de edad de iniciales C.A.D.C., previsto y sancionado en el artículo 436 inciso segundo en relación con los artículos 432, 436, 439 y artículo 366 complementado con los artículos 366 ter y 361 N° 1 todos del Código Penal, perpetrado en la comuna de Las Condes de esta ciudad, el día 16 de abril de 2008; de **un delito de abuso sexual** en la persona de iniciales G.P.C.V., previsto y sancionado en el artículo 366 en relación con los artículos 361 N° 1 y 366 ter todos del Código Penal, perpetrado

en la comuna de Las Condes de esta ciudad, el día 29 de mayo de 2008; de **un delito de robo con intimidación** en la persona menor de edad de iniciales P.N.M., previsto y sancionado en el artículo 436 inciso segundo en relación con los artículos 432, 436 y 439 todos del Código Penal, perpetrado en la comuna de Las Condes de esta ciudad, el día 22 de mayo de 2008; y de un **delito de robo con intimidación** en la persona menor de edad de iniciales M.R.E.C., previsto y sancionado en el artículo 436 inciso segundo en relación con los artículos 432, 436 y 439 todos del Código Penal, perpetrado en la comuna de Las Condes de esta ciudad, el día 22 de abril de 2008.

En contra de esta sentencia, la defensa privada del condenado dedujo recurso de nulidad.

Se procedió a la vista del recurso el día 06 de abril en curso.

Concluida esa vista, se fijó esta audiencia para la lectura del fallo.

Considerando:

Primero: Que como causal del recurso se esgrime la que contempla el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, sosteniendo que en el pronunciamiento de la sentencia se hizo una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ello al producirse infracción al artículo 12 N° 16 en relación al 18, ambos del Código Penal, y consecuentemente, infracción al artículo 351 del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 68 y 74 del Código Penal, vicio que se configura- en concepto del recurrente- al acogerse la concurrencia de la agravante contenida en el numeral 16 del artículo 12 del Código Punitivo que condujo a la imposición de una pena superior a la que legalmente correspondía.

Como antecedentes de hecho de la infracción al artículo 12 N° 16 en relación al 18, ambos del Código Penal, se refieren los hechos contenidos en la acusación del ente persecutor, luego los hechos acreditados, para luego transcribir los argumentos del fallo para estimar concurrente la agravante que se impugna.

Enseguida afirma que en la especie es imposible reconocer la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal, toda vez que entiende que la correcta aplicación de los principios de aplicación de la ley penal, contenidos en el artículo 18 del Código Penal, exigen que sólo las condenas impuestas por hechos ocurridos con posterioridad al 18 de marzo de 2008, puedan recibir con todo el rigor la aplicación de la modificación legal de la Ley 20.352 de marzo de 2008, conocida como Agenda Corta, lo que fue desconocido por las sentenciadoras de autos.

Considera que al razonar como lo hace, el sentenciador, incurre en un doble error de derecho, pues por una lado indica que la modificación legal fue posterior a los hechos que motivaron la presente causa y luego confunde el momento de la condena anterior (el fundamento de la agravante) con el momento de perpetración de los hechos materia de la acusación, utilizando un hecho anterior y ajeno al hecho punible en sí, para determinar una pena más rigurosa para el acusado.

Aclarado que los hechos actualmente perseguidos fueron cometidos luego de la modificación legal, precisa que ello es indiferente para la aplicación de la agravante en comento, pues es la sentencia anterior la que debiera haber sancionado hechos cometidos después de la publicación de la referida ley, para que se hubiera podido aplicar este nuevo estatuto procesal, puntualizando que los hechos sancionados por la sentencia de diciembre de 2007 ocurrieron en julio de 2007, y por ende entonces bajo el imperio de la ley antigua, que exige- según el recurrente- que se encuentre cumplida la pena, rigiendo la modificación de marzo de 2008 para el futuro, no pudiendo aplicarse en mala parte, a hechos ocurridos antes de su publicación y entrada en vigencia.

Despejado el error de derecho en virtud del cual se tuvo por configurada la circunstancia agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal, sostiene que se incurre en error de derecho al determinar la pena, infringiendo los artículos 351 del Código Procesal Penal, 68 y 74 del Código Penal.

Estima errada la aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal, ya que se llega al quantum de la pena, presidio perpetuo calificado, en circunstancias que no procede al concurrir una circunstancia atenuante y ninguna agravante, de la forma que resulta luego de aplicar el artículo 68 del Código Penal.

Asevera que al no concurrir la circunstancia agravante reconocida en la sentencia, para determinar la pena concurre una atenuante y ninguna agravante, de modo que al aplicar la pena a aplicar de acuerdo al artículo 74 del Código Penal, se debe dar aplicación al artículo 68 en su inciso segundo y en tal sentido no aplicar la pena en su grado superior, es decir, en el caso del robo con violación la pena legal sería el presidio mayor en su grado máximo. Luego, manteniendo el criterio del sentenciador en orden a utiliza el 351 del Código Procesal Penal, sobre el 74 del Código Penal, y mantener la subida en un grado era dable concluir que en ese caso la pena legal a aplicar luego de la utilización de la norma del mencionado artículo 351 del Código Procesal Penal es la de presidio perpetuo simple, concretándose así la influencia sustancial de vicio invocado.

Pide, en definitiva, anular la sentencia y dictar sentencia de reemplazo, disponiendo que no se acoge la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal, y en tales términos existiendo una atenuante y ninguna agravante se le imponga la pena única de presidio perpetuo simple.

Segundo: Que la causal esgrimida se configura cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hace una errónea aplicación del derecho “que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal). La trascendencia del vicio, consustancial a toda nulidad, en el caso del recurso de nulidad penal, además, debe incidir de manera fundamental y concreta en lo dispositivo de lo resuelto, en términos que su verificación implique una real variación de lo que racional y jurídicamente debería fallarse

Tercero: Que, en ese contexto para resolver el recurso en examen cabe recordar la forma en que los sentenciadores determinaron la pena que se impugna, según aparece consignada en el motivo noveno del fallo -la que el recurrente, por lo demás, no objeta, y que incluso mantiene en el desarrollo del vicio que postula- a saber: concluyeron que era más conveniente la aplicación de lo dispuesto por el artículo 351 del Código Procesal Penal, determinaron que el robo con violación tenía asignada la pena mayor , y que en la especie concurrían en dicho delito una atenuante y una agravante, las que compensaron racionalmente. De este modo atendido el número de ilícitos tenidos por ciertos en la sentencia y teniendo presente lo dispuesto por el artículo 77 inciso segundo del Código Penal, aumentaron en un grado la pena, arribando de ese modo a presidio perpetuo calificado.

Cuarto: Que López Aguilar fue condenado por un delito de robo con violación, dos de abuso sexual y tres de robo con intimidación. Atendida la naturaleza de las referidas infracciones, no es posible considerarlas un solo delito, conforme con lo dispuesto por el artículo 351 del Código Procesal Penal, resultando ser el primer ilícito mencionado el más grave para los efectos de lo prescrito en el inciso segundo de la aludida norma. De acuerdo con el artículo 433 N° 1 del Código Penal el delito de robo con violación tiene asignada la pena de presidio mayor en su grado medio (10 años y un día) a presidio perpetuo calificado.

Quinto: Que en tales condiciones aun en el evento sugerido por el recurrente –conurrencia de una atenuante sin agravantes en el delito de robo con violación establecido en autos- por expresa autorización del legislador a los sentenciadores del fondo les estaba permitido elevar hasta en dos grados la pena, incluso a partir de presidio perpetuo simple.

Al efecto, debe tenerse presente, que la concurrencia de una atenuante, solo excluye la posibilidad de aplicar la pena en su máximo, según expresa el artículo 68 del Código Punitivo, en su inciso segundo, en el caso sub lite la de presidio perpetuo calificado, de allí que para el

aumento respectivo pudieran ubicarse desde el presidio mayor en su grado medio, hasta el presidio perpetuo simple.

Sexto: Que en esa perspectiva el vicio fundante de la nulidad que se impetra carece de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, toda vez que la pena impuesta- presidio perpetuo calificado- se encuentra dentro de los márgenes que el legislador permite aún en la hipótesis que plantea el recurrente (verificación de una atenuante sin agravantes), ya sea en razón de la base desde la cual se decida elevar la sanción, o bien por el número de grados en que la misma se aumente.

Séptimo: Que, sin perjuicio de lo anterior, cabe consignar que lo que se postula como primer error de derecho en el libelo, a saber lo relativo a la época de comisión de los ilícitos investigados en relación a la modificación legal que se invoca, no pasa de ser un error de transcripción, reconociendo el propio recurrente que los hechos aquí juzgados son posteriores a la modificación legal contenida en la Ley 20.253, de 14 de marzo de 2008.

Octavo: Que sólo a mayor abundamiento, y con el propósito de dar alguna respuesta al sentenciado en cuanto al fondo de su recurso, cabe consignar que esta Corte no advierte error de derecho en el establecimiento de la agravante contenida en el numeral 16 del artículo 12 del Código Penal, pues como bien sostiene el recurrente la modificación de marzo de 2008 rige para el futuro, en términos que cabe aplicarla a los hechos ocurridos con posterioridad a dicha fecha, tal como hicieron las sentenciadoras, sin que sea posible confundir el acto de configuración de la agravante con la fecha de comisión del hecho que es materia del actual juzgamiento. La ultractividad de una norma derogado o reformada sólo está legitimado para cuestiones atinentes a la tipicidad y, eventualmente, en materia de circunstancias modificatorias, siempre que ellas correspondan al juzgamiento de hechos (delitos) perpetrados bajo la vigencia de la ley derogada o reformada, según se desprende de lo previsto en el penúltimo inciso del artículo 19 N° 3 de la Constitución

Política de la República y de lo establecido en el artículo 18 del Código Penal, lo que no ocurre en la especie, ya que los hechos materia del juicio sucedieron cuando la Ley 20.253, se encontraba ya vigente, resultando entonces, ser ésta última la normativa aplicable.

Por estas razones y de conformidad, además, con lo previsto en los artículos 12, N° 16 , 50, 59, 62, 68, 433 N° 1 del Código Penal, 351 352, 360, 372, 373 letra b) y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad interpuesto por la defensa penal privada del imputado Jesús Patricio López Aguilar, consecuentemente, se declara que no es nula la sentencia de doce de febrero del año en curso, recaída en la causa RIT 0-208-2009 del Tercer Tribunal del Juicio Oral de Santiago.

Regístrese y comuníquese.

Redacción de la Ministro señora Ravanales.

400-2010.-

No firma la abogado integrante señora Herrera, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por ausencia.

Pronunciada por la **Novena Sala** de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por la Ministra señora Adelita Ravanales Arriagada y abogado integrante señora Paola Herrera Fuenzalida

Resolución incluida en el Estado Diario de hoy.