

CORTE DE APELACIONES

Caratulado:

**MINISTERIO PÚBLICO C/ ERNESTO ANTONIO
ARAOS ROBLES**

Rol:

2650-2022

Fecha de sentencia:	04-01-2023
Sala:	Cuarta
Materia:	710
Tipo Recurso:	Penal-nulidad
Resultado recurso:	ACOGIDA
Corte de origen:	C.A. de Valparaíso
Cita bibliográfica:	MINISTERIO PÚBLICO C/ ERNESTO ANTONIO ARAOS ROBLES: 04-01-2023 (-), Rol N° 2650-2022. En Buscador Corte de Apelaciones (https://juris.pjud.cl/busqueda/u?b0mj0). Fecha de consulta: 05-01-2023



Utilice una aplicación QR desde su teléfono para escanear este código y consultar la sentencia desde el sistema.

[Ir a Sentencia](#)

I.C.A. de Valparaíso

Cgv

Valparaíso, cuatro de enero de dos mil veintitrés.

Visto:

En la causa RIT N° 366-2022, RUC N° 2110013631-4 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, mediante sentencia definitiva de fecha once de noviembre de dos mil veintidós, se condenó a ERNESTO ANTONIO ARAOS ROBLES, como autor del delito de robo en bienes nacionales de uso público del artículo 443 en relación con el artículo 432, ambos del Código Penal, cometido en grado de frustrado, el día 19 de marzo de 2021, en Villa Alemana, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, y accesoria legal de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, sin costas.

La Defensora Penal Pública doña Jacqueline Astorga Peñailillo, en representación del condenado, ha deducido recurso de nulidad en contra de dicha sentencia por una causal principal y otra subsidiaria. En ambos casos el fundamento es el motivo establecido la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es “cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, pero la causal principal lo invoca en relación con los artículos 50, 443 inciso primero y 449, todos del Código Penal, y la que se formula en subsidio, en relación con los artículos 51, 67 inciso tercero, 443 inciso primero y 449, también del Código Penal.

El día veintiuno de diciembre de dos mil veintidós se desarrolló la audiencia de rigor, en la cual se escucharon los alegatos de la la Defensora Penal Pública señora Jacqueline Astorga Peñailillo, por el recurso, y del abogado asesor del Ministerio Público señor Freddy González Valdés, en contra de dicho arbitrio.

Con lo relacionado y considerando:

Primero: Que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar dio por establecidos los siguientes hechos, en el considerando octavo del fallo que se impugna:

“El día 19 de marzo de 2021, alrededor de las 17.45 horas, Ernesto Antonio Aros Robles, con un destornillador forzó la puerta del maletero del vehículo PPU HGHJ 32 marca Hyundai modelo Accent, perteneciente a Claudia Herrera Muñoz, el cual se encontraba estacionado en calle Londres con calle La Torre Villa Alemana, sustrayendo desde el interior, un cargador de teléfono celular y una colonia, y huyendo del lugar al verse sorprendido por un vecino, siendo alcanzado por él y por otros transeúntes, en calle Berlín con calle Blanco de la misma comuna, donde fue retenido hasta que llegaron los carabineros. Durante la detención, Artemio González González, de 78 años de edad, cayó al suelo, resultando con una herida contusa supraciliar derecha, herida contuso cortante en labio inferior, y aumento de volumen en ambas manos de carácter leve.

Al momento de su fiscalización, carabineros constató que Araos Robles portaba las especies sustraídas desde del automóvil señalado.”

Segundo: Que, en el considerando duodécimo, se expone el razonamiento que desarrolló el tribunal para la determinación de la pena aplicable, en los siguientes términos:

“1.- El delito de robo en bienes nacionales de uso público tiene asignada la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo. El presente delito fue cometido por el acusado en calidad de autor y en grado de frustrado de manera que es menester rebajar la pena en un grado quedando el mínimo en presidio menor en su grado mínimo.

2.- El artículo 449 del Código Penal establece que para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 ter, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan: 1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia. 2ª. Tratándose de condenados

reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el mínimo si consta de un solo grado.

3.- En el presente delito beneficia al acusado una atenuante, perjudicándole una agravante, procediendo el tribunal a compensar racionalmente ambas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Sin embargo, como es reincidente en delito de la misma especie, y en vista de lo dispuesto en la regla segunda del artículo 449 del Código Penal, no es posible aplicar la pena en el grado mínimo, esto es el presidio menor en su grado mínimo (atendido el grado de frustrado). No obstante, y en vista que el que las especies sustraídas fueron recuperadas, se le impondrá la pena en el mínimo del presidio menor en su grado medio.

4.- En vista que la suma de las condenas no prescritas previas no es superior a dos años, es posible aplicar al sentenciado la pena sustitutiva de la reclusión domiciliaria nocturna, por reunir los requisitos legales para ello, y haberse recepcionado un informe de factibilidad técnica favorable.

5.- No se condenará al acusado al pago de las costas del juicio, por encontrarse privado de su libertad (por otra causa), y haber sido asistido por la Defensoría Penal Pública.”

Tercero: Que la recurrente sostiene la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo que alega en su primera causal de nulidad, en la hipótesis de que el artículo 449 del Código Penal no se aplica a los delitos en grado de desarrollo imperfecto, por las siguientes razones:

a) El artículo 449 del Código Penal parte de la base de que se aplica a las penas señaladas por la ley al delito respectivo, toda vez que el presupuesto para su aplicación se describe como “Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito”. Además, el inciso segundo del artículo 50 del mismo Código indica con claridad que cuando la ley designa una pena para un delito, es para el delito consumado, ya que dispone “Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado”.

Analizando en conjunto ambas normas, se puede concluir que el artículo 449 se aplica a los delitos en

grado de desarrollo consumado, mas no en grados imperfectos.

b) El encartado fue condenado por un delito tipificado en el inciso primero del artículo 443 del Código Penal, en grado de desarrollo frustrado, y concurren la atenuante del artículo 11 N°9 de dicho Código, conforme al considerando undécimo, y la agravante del artículo 12 N°16, de acuerdo al considerando décimo.

c) De haber aplicado correctamente el derecho, lo que correspondía era bajar la pena en un grado, en virtud del artículo 51 del Código Penal, que establece que “A los autores de crimen o simple delito frustrado (...) se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito” y posteriormente, en conformidad al artículo 67, compensar ambas modificatorias y aplicar un reproche de 61 días de presidio menor en su grado mínimo y no de 541 días, lo cual demuestra la sustancialidad del error denunciado.

Cuarto: Que la tesis interpretativa que plantea el recurso sobre el alcance del artículo 449 del Código Penal, en el sentido de que se aplica solamente a los delitos en grado de desarrollo consumado, de forma tal que, a contrario sensu, a los que se encuentran tentados o frustrados les son aplicables las reglas generales sobre circunstancias modificatorias de responsabilidad contempladas en los artículos 65 a 69 del Código Penal, carece de sustento a la luz de dos elementos de juicio: la opinión doctrinaria sobre la determinación legal de la pena y la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 20.931.

Quinto: Que, en el ámbito doctrinario, los autores Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramirez (“Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, 2° edición, 2003) observan que “En la mayoría de las obras nacionales la determinación legal de la pena aparece vinculada al problema de la individualización judicial de la misma. Sin embargo, ambos aspectos del proceso de concretización del castigo constituyen actividades realizadas por organismos distintos y regidos por reglas jurídicas diferentes, aunque no debe desconocerse su relación funcional, al estar dirigidos ambos al mismo objetivo: hacer realidad los principios del derecho penal, determinando un castigo concreto para una persona concreta que ha realizado un hecho calificado de delito.

La determinación legal de la pena es un proceso en que interviene el Poder Legislativo, mediante formulaciones de la política criminal del Estado, fijando las consecuencias jurídicas del delito (la pena o clases de penas aplicables) y también los casos más o menos graves en que esa pena deba agravarse o atenuarse imperativamente, o dicho en otras palabras, precisando legalmente “la sanción que se impondrá a quien ha intervenido en la realización de un hecho punible como autor, cómplice o encubridor”. Los factores que corresponden al ámbito de la determinación legal de la pena se encuentran regulados en el § 4 del Título III Cp (arts. 50 a 61 Cp) y son los siguientes:

1.

La pena señalada por la ley al delito;

2.

La etapa de desarrollo del delito, y

3.

El grado de participación del condenado en el delito.”

En la misma línea de reflexión, la Excm. Corte Suprema ha citado otro autor en sentencias Roles N° 45.313-2021, de 4 de febrero de 2022, considerando séptimo y N° 84.407-2021, de 4 de mayo de 2022, considerando décimo octavo:

“En este sentido, tal como explica el profesor Juan Pablo Mañalich "...en la concreción del marco penal, de un lado, y en la individualización de la pena exacta, de otro, se trata de dos operaciones diferenciadas, que se corresponden, sin embargo, con dos pasos de un mismo proceso encaminado a obtener la identificación de la consecuencia punitiva específica a imponer sobre el sujeto a quien resulta definitivamente imputable un hecho punible, en atención a sus concretas particularidades. Por eso, nada extraño hay en que las circunstancias que hacen posible reconocer esas particularidades del hecho punible, en atención a las cuales ha de identificarse la pena que resulta concretamente merecida y necesaria, adquieran relevancia tanto en el nivel de la concreción del marco penal abstracto como en el nivel de la individualización de la pena exacta al interior de ese marco ya concretado" (Mañalich Raffo, Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena, pág. 225-226).

Sexto: Que, por consiguiente, como se desprende de lo que señalan los autores citados, es necesario diferenciar entre la determinación abstracta del marco legal de la pena y el establecimiento de la pena

concreta aplicable al caso sometido a la decisión jurisdiccional.

La primera, esto es, la concreción del marco penal, comprende la pena establecida para el delito, de acuerdo a una precisa etapa de ejecución y a cierto grado de participación del agente, de forma tal que, para fijarla, es necesario dar aplicación al conjunto de reglas que rigen esos factores, particularmente las comprendidas en los artículos 50 a 55 del Código Penal.

En esa medida, es insuficiente remitirse únicamente a la etapa de ejecución del delito, como plantea la recurrente, al limitarse a la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 50, que entiende que la alusión a la pena se entiende hecha a la señalada para el delito consumado. Dicha norma necesariamente debe complementarse, en la especie, con la contenida en el artículo 51, en virtud de la cual “A los autores de crimen o simple delito frustrado (...) se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito.”

Séptimo: Que, por tanto, si se trata de precisar el marco legal de la pena aplicable a la hipótesis punitiva abstracta que se analiza, no es posible desechar dos de los elementos indispensables que lo configuran, cuales son la etapa de ejecución del hecho constitutivo de delito y el grado de participación que el imputado tuvo en el mismo, para tomar únicamente la pena que se le asigna al describir la conducta punible.

El grado o los grados señalados por la ley al delito están conformados por la consideración armónica de esos tres factores, so pena de incurrir en una falsa aplicación de la ley, al darle un cumplimiento parcial que conduce a una conclusión distinta de la que ella indica para quienes participen en una específica conducta tipificada, sin que ésta se haya consumado y en una calidad diferente a la de autor.

Octavo: Que, por las razones expuestas, cuando el artículo 449 del Código Penal regula el proceso de determinación legal de la pena de los delitos que menciona, entre los cuales se encuentra el de autos, manifestando que, en lugar de las reglas contenidas en los artículos 65 a 69 del Código Penal, se aplicarán las que señala “dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito”,

para darle cabal observancia resulta indispensable dilucidar, en forma previa, el exacto marco legal que tiene la conducta punible conforme a la pena base configurada por la sanción contemplada al describirla, ajustada a la etapa de ejecución que alcanzó y a la participación que correspondió al imputado de que se trata.

En esa medida, el procedimiento de determinación legal de la pena, respaldado por la doctrina que se ha citado, obliga a desechar la hipótesis enarbolada en el recurso, en orden a que el artículo 449 del Código Penal se aplicaría solamente a los delitos que estuviesen en grado de desarrollo consumado.

Noveno: Que, por otra parte, la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 20.931 corrobora que el artículo 449 del Código Penal se aplica a todos los delitos a que alude, cualquiera sea la etapa de ejecución en que se encuentren y cualquiera sea el grado de participación que haya correspondido a los imputados por ellos.

Décimo: Que es pertinente recordar, al efecto, que el artículo 449 vigente del Código Penal tuvo su origen en el artículo 1°, número 3, de la ley N° 20.931, publicada en el Diario Oficial el 5 de julio de 2016, sin perjuicio de su ulterior modificación por el artículo 1°, número 2, de la ley N° 21.488, de 27 de septiembre de 2022.

La historia de la Ley N° 20.931, disponible en el sitio electrónico de la Biblioteca del Congreso Nacional, demuestra que se originó en un Mensaje de S.E. la Presidenta de la República Michelle Bachelet, quien expuso que proponía un proyecto de ley “que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos.” (Historia de la ley, página 3)

Señaló que “Los objetivos de este proyecto apuntan a ofrecer propuestas de reforma legal que, sin alterar las bases fundamentales de un sistema procesal penal que debe garantizar la imposición de condenas sólo tras un debido proceso en que se respeten las garantías consagradas en la Constitución y los Tratados Internacionales, intervengan en los factores que la investigación criminológica estima podrían vincular el funcionamiento de los sistemas penales con el aumento o la disminución de la

actividad criminal en el espectro delictivo antes mencionado, a saber:

i) Modificar el sistema de determinación de penas para los delitos contra la propiedad (robos, hurtos y recepciones), de modo que los responsables por dichos delitos reciban la pena prevista por la ley para el delito que se trate” (Historia de la ley, página 6)

Desarrollando esa idea, explicó que “Los delitos contra la propiedad por apropiación, tal como se ha mencionado anteriormente, se encuentran entre aquellos calificados en los sistemas estadísticos internacionales y nacionales como de aquellos de mayor connotación social, debido al impacto que causan en sus víctimas, que en su mayoría no son quienes tienen medios para proveerse de seguridad privada, sino los ciudadanos comunes y corrientes que deben movilizarse a pie o en transporte público o viven en sectores donde existe la sensación que el poder de facto se ejerce por quienes hacen del delito una forma de vida.

En consecuencia, se establecen en nuestro Código Penal medidas efectivas de prevención general, que se describen a continuación.

a. Regla especial de determinación de la pena para delitos contra la propiedad por apropiación

Tal como lo demostró la tramitación de la denominada “Ley Emilia” (Ley N° 20.770), uno de los principales problemas de nuestra actual legislación es que no existe certeza acerca de que la pena a imponer efectivamente sea la determinada por el legislador al crear las diferentes figuras delictivas, dado el efecto que producen las actuales reglas de determinación de la pena que se pretenden sustituir.

Por ello, se propone establecer un sistema similar para regular la determinación de las penas en los delitos de robo, hurto y recepción, otorgando certeza al proceso de determinación o aplicación de éstas.

En efecto, a través de este sistema específico, las circunstancias atenuantes y agravantes se aplicarán dentro del marco legal de pena establecido por la ley sin que habiliten para subir o bajar la pena fuera de ese marco.

Con ello, se otorga una meridiana certeza a la población de que la pena legal tiene un reflejo en la pena concreta que recibirá el condenado y que esta no se ha visto alterada, como ocurre dramáticamente en algunos casos, impidiendo cumplir con una finalidad de prevención general eficiente.” (Historia de la ley, página 7)

Undécimo: Que, durante la tramitación legislativa de la mencionada iniciativa, no se abrió debate sobre las etapas de ejecución de los delitos contra la propiedad que se postulaba excluir del régimen general que establecen los artículos 65 a 69 del Código Penal con el objeto de someterlos a las reglas especiales que se proponían, ni respecto del grado de participación que tendrían en ellos sus agentes.

Ello, por una razón obvia, atendida la finalidad declarada que perseguía el proyecto de ley: disminuir la actividad criminal referida a los delitos contra la propiedad, para lo cual modificaba el sistema de determinación de penas para estos delitos, “de modo que los responsables por dichos delitos reciban la pena prevista por la ley para el delito que se trate”.

Aunque sea redundante decirlo en forma expresa, es evidente que ese objetivo, que se mantuvo a lo largo de todo el debate parlamentario en ambas Cámaras, sería burlado por completo si se restringe el sentido natural y obvio de dos conceptos empleados por el Mensaje Presidencial: si se estima que “la actividad criminal” sólo se perpetra cuando el delito se consuma, y no cuando queda en grado de tentativa o de frustración, y que “los responsables” son exclusivamente quienes tengan la calidad de autor, no así los cómplices y los encubridores.

El Mensaje Presidencial es claro, al explicar la “regla especial de determinación de la pena para delitos contra la propiedad por apropiación” que proponía, cuando afirma que plantea un sistema “para regular la determinación de las penas en los delitos de robo, hurto y receptación”. No diferencia en momento alguno ni la etapa de ejecución en que se encuentren ni el grado de participación de los imputados. Ello, simplemente porque no era necesario innovar en la materia, toda vez que la incidencia que tienen esos elementos en la disminución de grados de la pena asignada al delito consumado cometido por un autor, para determinar la pena base legal que por ley corresponde aplicar al respectivo partícipe, está perfectamente prefijada en el Código Penal.

En ese contexto, resulta inequívoco el alcance que tiene el corolario del Mensaje Presidencial cuando expone: “En efecto, a través de este sistema específico, las circunstancias atenuantes y agravantes se aplicarán dentro del marco legal de pena establecido por la ley sin que habiliten para subir o bajar la pena fuera de ese marco.”

Esas circunstancias modificatorias de responsabilidad, que se refieren, en palabras de los autores citados precedentemente, a “la individualización judicial” de la pena o “individualización de la pena exacta”, por cierto que deben aplicarse a todos los delitos en cuestión, cualquiera sea su etapa de ejecución y la participación que en ellos tuvieron los agentes.

De otra forma se validaría la teoría subyacente en el recurso que se analiza, en orden a que los autores de un delito consumado estarían sujetos a un régimen de penas derivadas de la aplicación de circunstancias modificatorias de responsabilidad distinto del estatuto sobre la misma materia por el que se regirían los cómplices y encubridores. Asimismo, que quienes participaron en un delito tentado o frustrado tendrían un sistema de penas, proveniente de la aplicación de las agravantes o atenuantes que concurran, diferente del que correspondería a los intervinientes en un delito consumado.

Semejantes distinciones, como revela la historia de la ley, nunca estuvieron presentes en los legisladores y tampoco tienen sustento doctrinario alguno, por lo que no puede aceptarse la primera causal de nulidad que se ha invocado.

Décimo segundo: Que, en subsidio de la causal ya analizada, la recurrente afirma que la sentencia ha incurrido en una errónea aplicación del derecho, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, al momento de determinar el quantum de la sanción, por los siguientes motivos:

a) De la simple lectura del considerando duodécimo queda de manifiesto que el tribunal de instancia aplicó erradamente el artículo 449 N°2 en relación con los artículos 51 y 67 todos del Código punitivo.

b) Como se desprende del considerando referido, el tribunal baja un grado en conformidad al artículo 51, quedando el reproche en presidio menor en su grado mínimo (ya que la sanción en abstracto del artículo 443, inciso primero, del Código Penal es presidio menor en su grado medio a máximo), y

posteriormente aplica el artículo 449 N°2.

c) Hasta ahí el ejercicio penológico efectuado por la judicatura es correcto. Empero, yerra al aumentar la pena en un grado y condenar al encartado a 541 días, desatendiendo el tenor literal del artículo 449 N°2 que expresa, en lo pertinente: “2ª. Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el mínimo si consta de un solo grado”.

d) El tribunal debió haber impuesto la pena de 301 días, al excluir el mínimo, según mandato expreso de la parte final del artículo 449 N°2, y no de 541 días. Lo anterior es así, ya que el reproche consta de un solo grado (presidio menor en su grado mínimo) al no ser una pena compuesta, ya que previamente se aplicó el artículo 51 del Código Penal. Resulta paradójico que el tribunal baja un grado y posteriormente aumenta un grado, otorgándole a la agravante de reincidencia específica un efecto que el artículo 449 N°2 no le confiere.

En consecuencia, de haberse aplicado correctamente el derecho, la extensión de la pena debió ser de 301 días de presidio menor en su grado mínimo y no de 541 días.

Décimo tercero: Que, respecto de la situación del imputado de autos, es necesario tener presente los siguientes elementos de juicio:

1.- De conformidad al inciso primero del artículo 443 del Código Penal, el robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público es castigado con la misma pena señalada en el artículo anterior, es decir, presidio menor en sus grados medio a máximo.

2.- En virtud del artículo 51 del Código Penal, a los autores de crimen o simple delito frustrado se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito, con lo cual la pena se rebaja a presidio menor en su grado mínimo.

3.- Por mandato del artículo 449 del Código Penal, dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.

El tribunal a quo, considerando que beneficia al acusado una atenuante y le perjudica una agravante, procedió a compensar racionalmente ambas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. De esta forma, se mantiene la pena de presidio menor en su grado mínimo.

4.- De acuerdo al artículo 449 N° 2 del Código Penal, tratándose de condenados reincidentes en delitos de la misma especie, el tribunal deberá excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el minimum si consta de un solo grado.

El tribunal a quo estimó que, en virtud de este precepto, no es posible aplicar la pena de presidio menor en su grado mínimo, pero, en vista de que las especies sustraídas fueron recuperadas, impuso la pena en el minimum del presidio menor en su grado medio.

Décimo cuarto: Que, determinada legalmente la pena para el autor del delito frustrado de que se trata, en presidio menor en su grado mínimo, la que no se ve alterada por la compensación racional de las circunstancias modificatorias de responsabilidad concurrentes, debió excluirse el minimum de dicha pena, que consta de un solo grado, en cumplimiento del artículo 449, N°2, del Código Penal.

En este caso, para determinar el minimum y el máximo de la pena, tuvo que dividirse por la mitad el período de su duración, de forma tal que la más alta de estas partes forme el máximo y la más baja el minimum. Por consiguiente, al ser el período total de 61 días a 540 días, el minimum a excluir es el que va entre los 61 días y los 300 días, con lo que el tribunal debe imponer la pena en su tramo superior, desde los 301 días a los 540 días.

Décimo quinto: Que, por consiguiente, la sentencia incurre en error de derecho cuando reflexiona, en el

considerando duodécimo, número 3, que “Sin embargo, como es reincidente en delito de la misma especie, y en vista de lo dispuesto en la regla segunda del artículo 449 del Código Penal, no es posible aplicar la pena en el grado mínimo, esto es el presidio menor en su grado mínimo (atendido el grado de frustrado). No obstante, y en vista que el que las especies sustraídas fueron recuperadas, se le impondrá la pena en el minimum del presidio menor en su grado medio.”

Ese razonamiento se efectúa en el supuesto de que la pena aplicable era presidio menor en sus grados medio a máximo, esto es, la fijada por la ley para el autor del robo consumado de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público, que está compuesta por dos grados, en lugar de la pena de presidio menor en su grado mínimo, que es la que corresponde al autor de robo frustrado y consta de un solo grado.

Al estar errada esa base de cálculo, se yerra asimismo en la individualización de la pena concreta, imponiendo el minimum del presidio menor en su grado medio en lugar de excluir el minimum del presidio menor en su grado mínimo para aplicarla en el maximum del mismo.

Décimo sexto: Que coadyuva a esa conclusión la revisión de la aludida historia de la ley N° 20.931, que demuestra que uno de sus propósitos, expuesto en el Mensaje Presidencial, fue una “mayor sanción de la reincidencia en los delitos de hurto y robo”, para lo cual propuso agravar la pena “en los casos de reincidencia en los delitos de hurto y robo, en los términos del artículo 12 N° 15 y 16 del Código Penal, esto es, haber sido condenado anteriormente el imputado por delitos de igual o mayor pena y haber sido condenado el culpable por delitos de la misma especie”.

La modalidad de agravamiento, sin embargo, varió durante la tramitación legislativa, ya que la Cámara de Diputados, aceptando una indicación del Ejecutivo, aprobó el siguiente número 2 del artículo 449 del Código Penal:

“2ª. En el caso de un condenado por simple delito, reincidente en los términos de las circunstancias agravantes establecidas en los numerales 15 y 16 del artículo 12, el juez determinará la cuantía de la pena de conformidad con lo dispuesto en la regla anterior, dentro del grado inmediatamente superior al señalado en la ley. En el caso de un condenado por crimen, reincidente en los términos de las

circunstancias agravantes establecidas en los numerales 15 y 16 del artículo 12, el juez determinará la cuantía de la pena de conformidad con lo dispuesto en la regla 1ª, excluyendo el grado mínimo de la pena, si ésta es compuesta, o la mitad inferior, si consta de un solo grado.”

El Senado, por su parte, aprobó la norma que en definitiva fue despachada por el Congreso Nacional, que unifica el tratamiento de la penalidad de los reincidentes, tanto por simples delitos como por crímenes:

“2ª. Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si esta es compuesta, o el mínimo si consta de un solo grado.”

El legislador ya había aceptado, en el número 1º del nuevo artículo 449, el criterio de establecer un marco rígido para la pena establecida en la ley, que no pudiera ser alterado por las circunstancias modificatorias de responsabilidad, sea atenuantes o agravantes, que puedan concurrir.

En este número 2º, en definitiva, hizo extensivo el mismo predicamento al caso de reincidencia, desechando la posibilidad de que la pena exceda ese marco y alcance al grado superior, como se propuso inicialmente respecto de los simples delitos, debiendo ella determinarse siempre dentro de los grados o el grado asignado al delito.

En ese sentido, al estar fijada legalmente la pena para el autor del delito frustrado de robo en bienes nacionales de uso público en presidio menor en su grado mínimo, por aplicación del artículo 449, número 2º, del Código Penal, los sentenciadores no pudieron exceder ese marco punitivo y condenar al acusado a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, como resolvieron en el fallo que se impugna.

Décimo séptimo: Que, teniendo en vista las razones que se acaban de exponer, habrá de acogerse la causal de nulidad invocada.

En atención a lo expresado, disposiciones legales citadas y lo establecido en los artículos 384 y 385

del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad interpuesto por la Defensora Penal Pública doña Jacqueline Astorga Peñailillo, en representación del condenado ERNESTO ANTONIO ARAOS ROBLES, en contra de la sentencia definitiva de fecha once de noviembre de dos mil veintidós, pronunciada en la causa RIT N° 366-2022, RUC N° 2110013631-4 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, y en consecuencia, se declara que ella es nula, sólo en cuanto condena al mencionado acusado a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio en lugar de condenarlo a la pena de trescientos un días de presidio menor en su grado mínimo, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista y en forma separada.

Regístrese, notifíquese y devuélvase vía interconexión.

Redacción del abogado integrante señor Alliende.

N°Penal-2650-2022.