

## CORTE DE APELACIONES

Caratulado:

**SILVA/ASIAIN**

Rol:

**36-2023**

Fecha de sentencia:	28-01-2023
Sala:	Segunda
Tipo Recurso:	Amparo art. 21 Constitución Política
Resultado recurso:	RECHAZADA/COMUNICAR
Corte de origen:	C.A. de Talca
Cita bibliográfica:	SILVA/ASIAIN: 28-01-2023 (-), Rol N° 36-2023. En Buscador Corte de Apelaciones ( <a href="https://juris.pjud.cl/busqueda/u?b3wxa">https://juris.pjud.cl/busqueda/u?b3wxa</a> ). Fecha de consulta: 30-01-2023



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

[Ir a Sentencia](#)

Talca, veintiocho de enero de dos mil veintitrés.

VISTO Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que, con fecha 23 de enero de 2023, comparece don Max Troncoso Moreno, Defensor Penal Público Penitenciario, por don GABRIEL EDUARDO SILVA GALINDO, cédula nacional de identidad N°18.814.992-8, actualmente privado de libertad en calidad de condenado en el Centro Penitenciario de Talca, quien viene de conformidad a lo dispuesto en el inciso final del artículo 21 de la Constitución Política de la República, en interponer acción constitucional de amparo correctivo en contra de la jueza de garantía de Talca doña MARTA ASIAIN MADARIAGA, quien rechazó unificar las condenas que actualmente cumple el amparado de manera arbitraria e ilegal.

Refiere que, el objeto de la acción es que se conceda en favor del amparado la debida protección a su derecho fundamental de libertad personal y seguridad individual, resolviendo, en definitiva, unificar las condenas que actualmente cumple su defendido imponiendo como pena única 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo con los abonos reconocidos en las sentencias.

Señala que, su representado actualmente cumple las siguientes condenas: RIT N° 5044-2018 JG Talca, sentencia de fecha 13 de septiembre de 2021: 2 penas de 541 días de presidio menor en su grado medio como autor de los delitos de robo en lugar no habitado cometidos con fecha 27 y 30 de septiembre de 2018 y causa RIT N° 7766-2018 JG Talca, sentencia de fecha 1 de abril de 2019: 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo como autor del delito de robo en lugar destinado a la habitación cometido el 2 de octubre de 2018.

Sostiene que, el 20 de enero de 2023 en audiencia se solicitó la unificación de ambas penas. El ministerio público se opuso y, finalmente, la jueza rechazó la unificación argumentando que la pena única solicitada es improcedente y más gravosa al condenado ya que el aumento en 1 grado de la

pena debe hacerse desde la pena asignada al delito (en abstracto) y no la impuesta en la sentencia (en concreto): “El tribunal considera que la cuestión está resulta de acuerdo al literal inciso 2 del 351 y el 74. Si se lee el inciso segundo del 351, estamos en ese escenario, el tribunal aplicará aquella considerada con la circunstancia tuviere asimilada una pena mayor, es decir, que esa disminución del 407 es excepcional, se otorgará por arribar a un acuerdo, y en este caso así se hizo, aplicando la norma excepcional del 407, hay que tener presente el hecho, el delito asignada una pena mayor, es decir, asignada en forma extracta como lo establece la ley no por 407, sino que también eso sería provocar injusticias a las personas que no hubieran sido favorecida por ese 407, que podría obtener un resultado más gravoso con ello, porque no se usó esa norma, las normas en los supuestos fácticos que son iguales, hay que aplicarlas igual. Mismos hechos, mismos resultados en la aplicación. El tribunal concuerda con el Ministerio Público, porque con la lectura del 351 inciso segundo, hay que tomar el piso del robo que es más grave, 5 y 1, entonces subimos por el 5 y 1 al 10 y 1, y resulta más fácil aplicar el 74, es mejor aplicar el 74, quedamos en 5 y 1 más dos de 541, por tanto, se desestima la petición de la defensa, uno por improcedente y dos aunque se aplicare la norma del 5 y 1 sería más gravosa, para el condenado. Por lo que se desestima la petición de la defensa.”

Indica que, la decisión de la jueza observa falta de fundamentación. Entiende la defensa que la decisión no tiene justificación en ninguna norma o jurisprudencia por lo que se torna completamente arbitraria y, consecuentemente, ilegal.

Continúa señalando que, según expresa Morales Espinoza los requisitos para la procedencia de la unificación en atención al art. 164 del COT son: i) pluralidad de sentencias condenatorias y que todas ellas refieran a hechos diversos; ii) posibilidad de juzgamiento conjunto; iii) posibilidad de aplicación de una regla concursal que en concreto resulte más beneficiosa para el imputado.

Añade que, respecto al primer y segundo requisito no existió debate en la audiencia en cuanto a reconocer que se cumplía con ambos. Sin embargo, respecto al tercer requisito la juez aplicando criterios restrictivos y analógicamente más gravosos al condenado, rechazó la unificación entendiendo que no resultaba más beneficiosa la pena única.

Alude al artículo 164, al igual que su antecesor el 160, se inscribe entre normas cuyo objeto es evitar los efectos perniciosos de la acumulación material de las penas. Por lo tanto, tiene como presupuesto que, si se hubieran acumulado los procesos, la condena única habría sido inferior a la suma de las condenas separadas. Si no es así, nada hay que modificar en la sentencia posterior.

Expresa que, el inciso primero del art. 351 del Código Procesal Penal prescribe que en los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados.

Menciona que, el inciso final indica que se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico.

Sostiene que, en el caso de marras el bien jurídico protegido en los delitos cometidos es la propiedad. Por lo que correspondería considerar las diversas infracciones como un solo delito y aumentarla, para el caso concreto, en un grado atendido que solo se trata de 3 hechos que fueron cometidos en un lapso inferior a 30 días; todos pudieron haber sido agrupadas por el persecutor penal.

Añade el inciso segundo del art. 351 dispone que “el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos”.

Señala que, en el sentido literal de la disposición entiende la defensa que el delito que tuvo asignada la pena mayor fue la de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo. Independientemente el delito por el cual fue condenado con esa pena prescribe, en abstracto, una pena de crimen lo cierto es que el inciso segundo del art. 351 del Código Procesal Penal dispone que debe atenderse a la pena en concreto impuesta. De allí que la norma disponga que el aumento en grados de la pena única debe hacerse desde la pena impuesta a la que se asignó la pena mayor.

Argumenta que, la pena asignada en concreto es desde donde debe aumentarse el grado para

imponer la pena única. La Excm. Corte Suprema en diversos pronunciamientos se ha pronunciado en tal sentido. Así, por ejemplo, para considerar el plazo de prescripción sigue lo planteado por el profesor Cury y sostiene que para determinar la naturaleza de la pena y, en definitiva, el plazo de prescripción “deben determinarse sobre la base de las penas impuestas por la sentencia respectiva, es decir, en concreto” (Rol N°46.573-2022. En el mismo sentido Rol N°12.827-2022, Rol N° 11.852-2022, Rol N° 135.383-2020).

Por último, sostiene que adherir a la pena en concreto para la toma de cualquier decisión judicial es la única interpretación posible en virtud del inciso segundo del art. 5 del Código Procesal Penal. Al no existir ninguna disposición que prohíba tal interpretación debe elegirse ésta ya que es la única manera de optimizar el derecho a la libertad personal. Se trata simplemente de una interpretación pro libertatis.

Previas citas legales, solicita tener por interpuesta acción constitucional de amparo correctivo en favor del amparado, en contra de la jueza de garantía doña Marta Asiain Madariaga, por acto ilegal y arbitrario ya indicado y, en definitiva, sirva unificar las condenas que actualmente cumple su defendido imponiendo como pena única 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo con los abonos reconocidos en las sentencias.

SEGUNDO: Que, con fecha 26 de enero del año en curso, doña Marta Asiain Madariaga, Jueza de Garantía de Talca, viene en evacuar el informe solicitado, por las cuales explica las razones para desechar la solicitud del recurrente están contenidas en la resolución pronunciada en la audiencia de 20 de enero en curso en causa Rol Ingreso N°5044-2018 de ese juzgado, y que transcribe:

“Vistos, oídos los intervinientes.

Teniendo presente lo siguiente.

El objetivo de la audiencia es aplicar una pena única conforme al artículo 351, en relación a esta causa y a la rol 7766-2018.

En la causa RIT 5044-2018 fue condenado dos penas de 541 días hechos del 27 y 30 de septiembre de 2018, dos delitos de robo en lugar no habitado sentencia del 13 de septiembre de 2021, pena efectiva, en el C.C.P. de Talca y RIT 7766-2018, condenado de 3 años y 1 día, hecho del 02 de octubre de 2018, un delito de robo en lugar no habitado, sentencia del 01 de abril de 2019, pena efectiva, aplicando por el Ministerio Público artículo 407 del Código Penal, para la oferta de abreviado.

La norma que establece la unificación de pena está señalada en el Código Orgánico, teniendo como primer requisito que las penas no se encuentren cumplidas, es el caso, por la que de 3 años y 1 día deberá cumplirla después y puede haberse dictado conjuntamente, aquí también está ese requisito porque los hechos fueron casi coetáneos. Ahí está salvado.

El Ministerio público se opone, señala que de aplicarse esa norma sería más gravoso para el imputado, haciendo uso del requisito segundo habría que llegar al diez y uno, porque parte de la base que el robo aumenta en grado el 3 años y 1.

La defensa sostiene que no, que debe subir del 3 años y 1 día que se aplicó y en definitiva por los dos de 541 días a 5 y 1.

El tribunal considera que la cuestión está resulta de acuerdo al literal inciso 2 del 351 y el 74. Si se lee el inciso segundo del 351, estamos en ese escenario, el tribunal aplicará aquella considerada con la circunstancia tuviere asimilada una pena mayor, es decir, que esa disminución del 407 es excepcional, se otorgará por arribar a un acuerdo, y en este caso así se hizo, aplicando la norma excepcional del 407, hay que tener presente el hecho, el delito asignada una pena mayor, es decir, asignada en forma extracta como lo establece la ley no por 407, sino que también eso sería provocar injusticias a las personas que no hubieran sido favorecida por ese 407, que podría obtener un resultado más gravoso con ello, porque no se usó esa norma, las normas en los supuestos fácticos que son iguales, hay que aplicarlas igual. Mismos hechos, mismos resultados en la aplicación. El tribunal concuerda con el Ministerio Público, porque con la lectura del 351 inciso segundo, hay que tomar el piso del robo

que es más grave,

5 y 1, entonces subimos por el 5 y 1 al 10 y

1, y resulta

más

fácil aplicar el 74,

es mejor aplicar el 74, quedamos en 5 y 1

más dos de

541,

por tanto, se desestima la petición de la defensa, uno por improcedente y dos aunque se aplicare la norma del artículo. 351 sería más gravosa, para el condenado. Por lo que se desestima la petición de la defensa”.

TERCERO: Que, el inciso primero del artículo 21 de la Constitución Política de la República establece que todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción a lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

En tanto que, el inciso final previene que también cabe ante cualquier otra privación, perturbación o amenaza al derecho a la libertad personal y seguridad individual, que sea ilegal.

CUARTO: Que, en síntesis, el presente recurso de amparo ha sido interpuesto en contra de la resolución de 20 de enero del año en curso, por la cual la recurrida rechazó la unificación de penas.

QUINTO: Que, del mismo modo, es dable mencionar que la Juez de Garantía resolvió dentro de sus facultades legales y en un proceso sometido a su conocimiento por lo que no existe un acto ilegal o arbitrario atentatorio de la libertad o la seguridad personal del amparado susceptible de enmendarse por esta vía constitucional, de manera que procede el rechazo del presente amparo, como se dirá en lo

resolutivo.

Por estas consideraciones, visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema, sobre tramitación y fallo del Recurso de Amparo, SE RECHAZA el recurso de amparo interpuesto por don Max Troncoso Moreno, en favor de GABRIEL EDUARDO SILVA GALINDO, en contra de doña MARTA ASIAIN MADARIAGA.

Acordada con el voto en contra de la Ministra (I), doña Marisol Ponce Toloza, quien fue del parecer de acoger el recurso de amparo deducido en favor de Gabriel Eduardo Silva Galindo y, consecuentemente imponer, en carácter de única, la pena privativa de libertad de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo con los abonos reconocidos en las sentencias dictadas en las causas RIT 5044-2018 y 7766-2018, ambas del Juzgado de Garantía de Talca, en virtud de lo siguiente:

I.- Que el fundamento de la recurrida en la resolución en contra de la que se dirige la defensa, es que la pena única solicitada es improcedente y más gravosa al condenado ya que el aumento en un grado de la pena, debe hacerse desde la pena asignada al delito (en abstracto) y no respecto de la impuesta en la sentencia (en concreto).

II.- De lo anterior, se desprende que concurren los dos primeros requisitos establecidos en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales para que proceda la unificación pedida, a saber, pluralidad de sentencias condenatorias y que todas ellas se refieran a hechos diversos con posibilidad de juzgamiento conjunto; mas existe discordancia respecto al tercero de ellos, esto es, la posibilidad de aplicación de una regla concursal que en concreto resulte más beneficiosa para el imputado.

III.- Que, en este orden de ideas, el propósito de la regulación del actual artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales es similar a la que contenía su antiguo artículo 160, esto es, “evitar que cuando exista una pluralidad de procesos que se sigan en contra de una misma persona, por distintos hechos que pudieron ser juzgados conjuntamente, la suma de las condenas impuestas en cada uno de ellos produzca una situación más gravosa para el imputado, al resultar superior, por su naturaleza o su



cuantía, a las penas que habría correspondido imponer si se hubiera efectuado un juzgamiento conjunto”. (1)

IV.- Por su parte el artículo 351 del Código Procesal Penal prescribe: “En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados”, lo que resulta aplicable al caso que nos convoca, pues se trata de tres delitos de robo, que son de una misma especie y afectan a un idéntico bien jurídico.

Asentado lo anterior, corresponde precisar cuál es la pena desde la que se procederá a hacer el aumento detallado y, en este sentido, a renglón seguido, el inciso segundo de la disposición singularizada establece “el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso...” de lo que se colige que se refiere a la pena aplicada concretamente al caso, de acuerdo a sus circunstancias.

V.- Que, nuestro máximo tribunal, en causa rol N° 2.808-2015, al pronunciarse el 19 de febrero de 2015, sobre unificación de penas que, en dicho caso, había sido rechazada por falta de coincidencia temporal de los delitos investigados y de distribución territorial de los tribunales encargados de su juzgamiento; en lo que nos interesa, resolvió: “4° Que en este estado de las cosas, formulado el juicio hipotético sobre la entidad de la sanción a imponer en el evento de juzgamiento conjunto de la amparada y que ordena realizar el citado artículo 164, se concluye que ella efectivamente será menor que la que resulta de la mera suma de las penas impuestas, motivo por el cual se acogerá la pretensión del recurso, procediendo esta Corte a la adecuación de las condenas impuestas en el quantum que se dirá...”; lo que se condice con lo que persigue dicha disposición, que es “morigerar el efecto de la sumatoria simple de condenas, que puede conducir a penas exageradas, posibilitando la aplicación de las normas sobre concursos y reiteración de delitos de los artículos 75 y 451 del Código Penal o del artículo 351 del Código Procesal Penal”. (2)

VI.- Por último, al pronunciarse la recurrida, quien “desestima la petición de la defensa, uno por improcedente y dos aunque se aplicare la norma del 5 y 1 sería más gravosa, para el condenado” (sic), desatiende el tenor literal de lo preceptuado en el artículo 351, inciso segundo -invocado por quien hoy

recurre-, ya analizado en el numeral IV, soslayando, además, lo establecido en el artículo 5, inciso segundo del cuerpo normativo adjetivo tantas veces citado, esto es: “Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”, con ello conculca el derecho del amparado a la libertad personal que garantiza el artículo 19 N°7 de la Constitución Política de la República, por lo que –forzosamente- la acción constitucional deducida debe prosperar.

Redacción del abogado integrante Ruperto Pinochet Olave y, del voto disidente, la elaboración es de quien lo suscribe.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

Comuníquese por la vía más expedita.

Rol 36-2023/Amparo.

(1)

Aproximación a la unificación de penas; Guillermo Oliver Calderón, investigador responsable del proyecto de investigación Fondecyt N° 1100901, "El proceso de determinación de la pena: estudio dogmático y crítico".

(2)

“La regulación de la pena en conformidad con el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales”; Eduardo Morales E., en Revista de Estudios de la Justicia, N° 14, año 2011.

Se deja constancia que no firma la Ministra (S) doña Olga María Díaz Fernández, por problemas técnicos con su firma electrónica.