

5. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

ROBO CON VIOLENCIA

I. CONCEPTO DE COLABORACIÓN SUBSTANCIAL FORMA PARTE DE LOS PRINCIPIOS O CONCEPTOS REGULATIVOS. PRINCIPIOS REGULATIVOS CONFIEREN AL TRIBUNAL LA POSIBILIDAD DE DESARROLLAR LA NORMA LEGAL CON UN CRITERIO JUDICIAL A PARTIR DEL CASO QUE SE JUZGA. II. COLABORACIÓN DEBE CONTRIBUIR A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA O AGILIZAR LA INVESTIGACIÓN. COLABORACIÓN DEBE SER UN APORTE EFECTIVO, SERIO Y SUFICIENTE.

HECHOS

Se deduce recurso de nulidad contra sentencia condenatoria por el delito de robo con violencia. Analizado lo expuesto, la Corte acoge el deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (acogido)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de San Miguel*

ROL: *1306-2015, de 31 de agosto de 2015*

PARTES: *“Ministerio Público con Christopher Drolett Pradenas y otro”*

MINISTROS: *Sr. Roberto Contreras O., Sra. María Teresa Letelier R. y Sra. Carolina Vásquez A.*

DOCTRINA

- I. La mención en el artículo 11 N° 9 del Código Penal acerca de la “colaboración substancial” constituye un criterio cuantitativo indefinido que forma parte de aquello que la doctrina –Heinrich Henkel y Claus Roxin– ha designado como principios o conceptos regulativos –a diferencia de las cláusulas normativas estrictas–, que constituyen orientaciones donde se instruye para recurrir a un concreto fenómeno vital. Se ha dicho, asimismo, que por su intermedio el legislador otorga la posibilidad de desarrollar la norma legal con un criterio judicial (en esta perspectiva) a partir del caso que se juzga, atendiendo a una multiplicidad de factores indeterminados teóricamente y cambiantes que no permiten una generalización normativa adecuada. Sucede con ellos algo similar a lo que ocurre con las normas*

penales en blanco, que solo son aceptables cuando la ley define el comportamiento punible nuclear y faculta al destinatario únicamente para llenar los espacios marginales al establecer ciertas circunstancias o elementos que entrega peculiarmente el caso concreto. Así entonces, tales cláusulas regulativas orientadoras de la actividad jurisdiccional sí pueden resultar lesionadas, al transgredir con su inadecuado empleo la propia norma de derecho que las contiene. La jurisprudencia, acepta tal planteamiento cuando señala que el elemento regulativo propicia únicamente cierta autonomía dentro de los límites de la esfera dudosa del derecho, con un ámbito de aplicación que posibilita una resolución justa del caso concreto, sólo en los espacios marginales no codificados de conceptos que por lo demás poseen nítidos contornos (considerandos 6° y 7° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

II. Los jueces de grado para arribar al concepto de colaboración substancial atendieron a aspectos importantes relacionados con la investigación, pero no trascendentes o que fueren categóricos en relación al establecimiento de los hechos materia del juicio. Según la historia fidedigna del establecimiento del precepto en cuestión incorporado por la Ley N° 19.806, el propósito del legislador al modificar el artículo 11 N° 9 del Código Penal fue dar relevancia a aquella colaboración que contribuyera efectivamente a la impartición de justicia o agilizar la investigación, de tal manera que tuviera efectos trascendentes por vía de un aporte efectivo, serio y suficiente a tales propósitos. Según lo dicho, contrariamente a lo decidido por los magistrados a quo, los supuestos fácticos denotativos de la actividad desplegada por los acusados al momento de la ejecución del delito, luego cuando fueron detenidos y posteriormente en su relación con la policía, el ente persecutor y juicio, no permiten concluir racionalmente y en un proceso lógico deductivo adecuado que adviene en la especie el criterio regulativo de “colaboración sustancial” incorporado al texto legal. Se tiene en cuenta precisamente que éste supone necesariamente que se produzcan las circunstancias ya anotadas, lo que no ha ocurrido en la especie. Por lo antedicho se puede concluir que se ha producido la contravención formal del artículo 11 N° 9, y con ello –habida cuenta de sus repercusiones e influencia dispositiva– concurre la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal (considerandos 11° a 14° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: *CL/JUR/4970/2015*

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículo 11 N° 9 del Código Penal.*

COMENTARIO JURISPRUDENCIA ARTÍCULO 11 N° 9 DEL CÓDIGO PENAL

JORGE FERDMAN
Universidad de Chile

Por resolución dictada con fecha 31 de agosto último, en recurso de nulidad tramitado con el ingreso número 1306-2005, RPP, la Corte de Apelaciones de San Miguel acogió la impugnación que el abogado de la parte querellante intentó en contra de la sentencia definitiva pronunciada en juicio oral del que conoció el sexto juzgado oral en lo penal de esa jurisdicción, juicio que se tramitó bajo el ingreso O-301-2015 de ese tribunal oral penal, que terminó por sentencia condenatoria que castigó a sendas penas de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, más accesorias correspondientes, a uno y u otro acusado, a los que sancionó como autores del delito de robo con violencia previsto y sancionado en el artículo 436 del estatuto punitivo, condenados que se hicieron acreedores del beneficio de libertad vigilada intensiva por el mismo lapso de duración de la pena privativa de libertad, beneficio cuyo otorgamiento estuvo inexorablemente condicionado tanto al reconocimiento de la circunstancia atenuante en comento como a su consideración como “muy calificada”, lo que posibilitó el ajuste de la pena a las exigencias de la Ley N° 18.216. En contra de este pronunciamiento, según se indica, la parte querellante recurrió de nulidad, invocando la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 11 número 9, y 68 bis, ambos del Código Penal. Como se adelantara al comienzo del comentario, la sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel que conoció del recurso encontró razón y compartió los fundamentos del recurrente, ordenando consecencialmente la realización de un nuevo juicio oral por tribunal no inhabilitado.

Dos son las cuestiones que a mi entender merecen la pena ocuparse en estas líneas. Una de éstas dice relación, por así decirlo, con lo que entiendo corresponde en los porfiados hechos al real alcance del permanentemente recurrido principio de legalidad, como característica definitoria de la disciplina y principio rector del ordenamiento punitivo. De otro lado, y yendo al fondo del asunto, que es por lo demás lo que concierne al pronunciamiento, precisamente el alcance de la atenuante de que se trata, cuya errónea aplicación finalmente el tribunal *ad quem* comparte y así declara.

La primera de las cuestiones apuntadas, es decir, la “capacidad de rendimiento de la legalidad penal”, motiva mi interés en este comentario a partir de las consideraciones que el pronunciamiento comentado realiza. En efecto, en la sexta motivación del fallo, invocando a Henkel y a Claus Roxin, los sentenciadores catalogan la colaboración sustancial del artículo 11 número 9 del código del ramo dentro de los “principios o conceptos regulativos”, para diferenciarlos de los elementos

normativos *stricto sensu*, entendiendo por tales “meras orientaciones que instruyen para recurrir a un fenómeno vital”. Precisa la cita del razonamiento que “por su intermedio el legislador otorga la posibilidad de desarrollar la norma legal con un criterio judicial (*en esta perspectiva*) a partir del caso que se juzga, atendiendo a una multiplicidad de factores indeterminados teóricamente y cambiantes, que no permiten una generalización normativa adecuada”. Finaliza el razonamiento formulando una comparación en términos conceptuales y metodológicos con el sobradamente conocido expediente de las “leyes penales en blanco”, junto con una mención expresa de un pronunciamiento de la Corte Suprema, para resaltar de ese modo la acogida de nuestro máximo tribunal a un criterio de igual alcance y contenido.

He tenido la precaución de destacar en el primer párrafo el que la decisión corresponde a “una de las salas del tribunal de alzada respectivo”, pues, sin que ello importe bajo ningún parangón el desconocimiento de la regulación orgánica respectiva, no es posible excluir *prima facie* el que “orientaciones” de esta índole, como las entiende la Corte, invocando la doctrina de tan ilustres maestros, puedan materializarse en ocasiones de manera por decirlo “alejada” de lo que pudiere ser una práctica esperada y razonable, cuando menos relativamente uniforme, frente a una constelación similar de casos. Traigo a colación en esta ocasión el trabajo de Baldó Lavilla¹, en el que expresamente hace suyo el denominado “*desarrollo continuador del Derecho*”, queriendo con ello decir que éste es en definitiva desarrollado por “el legislador, por los tribunales, y por la ciencia”, hipótesis o punto de vista metodológico, parafraseando los términos utilizados por el mismo autor, que quien suscribe hace suya en todas sus partes. No pretendo con esto desconocer el estatuto epistemológico ni de la ciencia jurídica en general, ni menos el de la ciencia del Derecho Penal, pero sobre la base de la aplicación del estatuto normativo al caso concreto, en verdad no es necesario reparar en la existencia de estas tales “orientaciones” como para concluir, en términos de lo que con tanta propiedad acuñó Alexy, que no estamos sino frente a “mandatos de optimización”, que han de cumplirse en la “medida de lo posible”². Bajo este concepto, cuando menos materialmente no resulta posible entender la tan recurrente legalidad penal como un límite ya dado y claramente definido: el contenido del principio habrá que buscarlo “caso a caso”, de la mano de lo que autoriza “el sentido posible del tenor literal expresado por la ley”, en términos de lo que en esta oportunidad enseña Silva Sánchez. Pareciere que los operadores del sistema tendrían nada más que

¹ BALDÓ LAVILLA, Francisco, Observaciones Metodológicas sobre la Construcción de la Teoría del Delito, en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Jesús María Silva Sánchez (editor) (Barcelona, 1997), pp. 357 y ss.

² ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1993), pp. 86 y ss.

estar particularmente atentos para no incurrir en una “generalización prohibida”, al tenor de lo que plantea Jakobs, más los “contornos” de las instituciones penales serían bastante “difusos”, de lo cual la institución aludida en esta oportunidad sería un ejemplo elocuente. La búsqueda y determinación de ese “sentido”, en presencia de las mencionadas “orientaciones”, a mi entender innegablemente abren las posibilidades operativas del sistema, por así decirlo, lo “dotan” de un contenido más rico y amplio, pero claro, resulta innegable que cuando menos ello complota con el sentido y alcance de lo que pudiere ser una legalidad entendida en términos puramente exegéticos³.

Ahora bien, al margen de lo desarrollado, y que pretendo sirva de preámbulo o introducción para la segunda cuestión, admito que la importancia del pronunciamiento se encuentra y va de la mano con lo que la jurisprudencia entiende, creo de manera relativamente coincidente en este caso con el grueso de la doctrina, cuál ha de ser el alcance y contenido de la circunstancia atenuante de responsabilidad penal consagrada en el número 9 del artículo 11 del código del ramo, vale decir qué se ha de entender por la colaboración substancial con el esclarecimiento de los hechos, institución que al no ser objeto de una definición legal, solo se limita a estar sancionada expresamente por el ordenamiento punitivo, vale decir “definido su tenor literal”, más la determinación de su sentido y alcance será un ejercicio que se corresponde por antonomasia con los extremos de la primera cuestión, de modo que la conexión entre una y otra materia es innegable.

Al margen de la tradicional distinción que clasifica las circunstancias atenuantes como “intrínsecas” o “extrínsecas” al delito, vale decir en términos de su conexión con el “injusto” o con la “culpabilidad”, la aminorante de responsabilidad en cuestión pareciere de pacífica aceptación, por la propia naturaleza de las cosas, que se relaciona con un actuar “posterior” del agente delictivo, y bajo ese entendido necesariamente resulta por definición “extrínseca” al hecho punible. Tradicionalmente la doctrina entiende que convergen como sus fundamentos consideraciones de política criminal. En un esfuerzo que intenta ir más allá, que a mi entender no necesariamente descarta dicha consideración, en un reciente trabajo el profesor Juan Pablo Mañalich sostiene que se trataría de un acto de carácter procesal “supererogatorio” por parte del imputado⁴, comportamiento

³ Recomiendo en este sentido dos artículos del profesor Silva Sánchez: “¿Qué es la interpretación sistemática en Derecho Penal?”; y “La interpretación y la cultura de los juristas”, el primero de ellos publicado en el libro homenaje a Enrique Gimbernat, mientras que este último se publica en un libro homenaje al profesor Jakobs. Asimismo, es posible encontrar en internet una contribución pertinente de Guillermo Jacobucci, que explora el tópico en sentido similar: “La conflictiva relación entre ley penal e interpretación”.

⁴ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, Informe en Derecho, “Las atenuantes de los números 8 y 9 del artículo 11 del Código Penal, como actos procesales supererogatorios del imputado”, versión

que más allá del trasfondo filosófico que lo anima y explica, tiene por propiedad definitoria manifiesta e inmediata el mirar “al interés de los demás”, no al de quien lo realiza. Utilizando sus propios términos, entiende que un acto cumple con esta definición cuando “consiste en una prestación que excede lo que, en la respectiva situación, cabe exigir del agente. De ahí que en la literatura filosófica referida al problema, sea usual que el concepto de supererogación sea asociado con aquello que se encuentra “más allá del llamado del deber”.⁵

Bajo la consideración señalada, previendo desde ya que no apunta a la eficacia *ex post* del comportamiento, en términos de lo que pudiese estimarse de utilidad para el establecimiento de los hechos o la determinación de los autores y partícipes —a diferencia del alcance del estatuto del artículo 22 de la Ley N° 20.000— no cumple con esta exigencia ni tampoco satisface las condiciones de unos tales actos, aquella colaboración que, como lo precisa el motivo décimo del fallo comentado, conlleva el “adaptar los dichos de una manera que se privilegia el interés propio antes que el de la investigación”.

Bien que se entienda, de la forma como lo hace el profesor Mañalich, que su fundamento está determinado por su carácter “supererogatorio”, bien que se lo haga a la usanza “tradicional”, al tenor de una consideración de naturaleza “político criminal”, que me parece no necesariamente excluyente con la tesis del profesor citado, pareciere un dictado de sentido común el que el tratamiento privilegiado que como consecuencia de su reconocimiento fuere factible dispensar, requiriere de una actuación que al margen de su motivación o su virtualidad para los fines de la persecución penal, dejara entrever cuando menos ausencia de aprovechamiento o acomodo por parte de su autor, de los elementos existentes en la investigación para fines personales o egoístas, ya que ello no resulta compatible con un tratamiento punitivo menos riguroso, conclusión que por de pronto apunta a compartir la decisión de los sentenciadores.

En lo demás, pareciere desprenderse del pronunciamiento una especie de reconocimiento de la utilidad de la colaboración, de manera que cuando ella no lo fuere, no cabría catalogarla dentro de la disposición de que se trata. Creo que no es ni puede ser dicha conclusión la adecuada: baste para una inferencia de este tenor el tratamiento que por vía comparativa incorpora el artículo 22 de la Ley N° 20.000, según ya se expresó, que expresamente exige en tal caso que los datos o información “contribuyan necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad

disponible en la web, consultada 20 noviembre 2015, www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/3767-2.pdf, Biblioteca Defensoría Penal.

⁵ *Ibid.*, p. 11.

contemplados en la ley”. Bajo un tal entendimiento, por lo demás, un significativo número de imputados que de cotidiana ocurrencia se ven beneficiados con la aminorante, simplemente quedarían excluidos por definición de ella: repárese sin más en la resolución de casos por las normas del “procedimiento abreviado”, en que por lo general su reconocimiento constituye un verdadero aliciente por parte del Ministerio Público, decisión que sólo adopta tan solo cuando la investigación se encuentra ya agotada.

CORTE DE APELACIONES:

San Miguel, treinta y uno de agosto de dos mil quince.

VISTOS:

En los autos RIT N° O-301-2015 del Sexto Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, con fecha seis de julio de dos mil quince, se condenó a Christopher Alexander Drolett Pradenas y Luis Fernando Orellana Vega como autores del delito de robo con violencia previsto en el artículo 436 del Código Penal, cometido el 14 de julio de 2013, en la comuna de San Miguel, a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, y accesorias correspondientes, otorgándosele a ambos sentenciados el beneficio de la libertad vigilada intensiva por igual término que el de la condena, sin costas.

En contra de dicho fallo la parte querellante Sociedad Distribuidora G & G Ltda. representada por la abogada doña Diva Serra Cruz dedujo recurso de nulidad por los fundamentos y causal que se describirá más adelante, realizándose el 11 de agosto del presente año ante este Tribunal la audiencia respectiva para su conocimiento.

En estrado se presentó la abogado de la parte querellante doña Diva Serra Cruz, por el recurso, y contra éste la

abogado defensora doña Luz Quezada Aqueveque por el imputado Luis Fernando Orellana Vega.

Se citó para la lectura del fallo a la audiencia del día hoy.

OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso de nulidad de que es objeto el fallo dictado por el Sexto Tribunal Oral en lo Penal, se sustenta en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en relación con los artículos 11 N° 9 y 68 bis del Código Penal, al considerar que a los imputados les beneficia la atenuante de colaboración substancial al esclarecimiento de los hechos y, en el caso de Orellana Vega, al calificarla también.

El pretendiente consigna que la minorante en cuestión fue incorporada por la Ley N° 19.806 con el objeto de que contribuya efectivamente a hacer justicia o a acelerar la investigación, exigiéndose que la colaboración sea substancial, esto es no debe limitarse a proporcionar antecedentes intrascendentes, sino a constituir un aporte efectivo y serio al éxito de la investigación. A la vez, explica que la colaboración debe ser completa y permanente, no basta una parcial y no constante durante el curso de la investigación, pues lejos de contribuir a la justicia la confunden y

retardan. Por último, se entiende que no puede considerarse substancial la circunstancia de que al imputado no le quede otro camino que confesar el delito, ya que tampoco contribuye a la justicia, ya que a ella se llegó por la investigación en sí misma.

Enseguida, especifica el libelo que “Ahora bien, en este caso es evidente que la supuesta cooperación prestada por los imputados en el juicio no puede configurar la atenuante que recoge el artículo 11 N° 9 del Código Penal, toda vez que no reúne ninguno de los requisitos que se necesitan para tenerla por reconocida, las declaraciones de los imputados no aportan elementos sustanciales, no se trata de declaraciones que contengan una colaboración completa y permanente, y en el caso de Drolett confesar —en la etapa procesal que lo hizo— era porque no le quedaba otro camino. Aun cuando ambos hayan declarado durante el juicio, no lo hicieron con el fin de cooperar a la justicia, contribuyendo a la investigación o favoreciendo una investigación más rápida, muy por el contrario, probar la participación de ambos ha exigido precisamente una investigación larga y prolija que los vincule con cada uno de los elementos del delito. A.- Christopher Alexander Drolett Pradenas no sólo prestó declaración, sino que confesó su participación en un hecho que reviste caracteres de delito, pero en ningún caso reconoció su responsabilidad en el delito por el que el 6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago lo condena, él negó en todo momento el ejercicio de la violencia, señaló expresamente

que no vio que golpearan a Mancilla, y sin embargo contestando las preguntas de esta parte querellante reconoce haber concurrido a constatar lesiones y haber padecido lesiones tanto él como Mancilla (el otro guardia de seguridad). Durante el juicio, se pudo contrastar la versión prestada por Drolett con las imágenes de las cámaras de seguridad y las versiones de los hechos de los policías que participaron en la investigación y que dieron cuenta de que Drolett mintió durante la investigación, prestando declaración en calidad de víctima y posteriormente —sólo una vez que se tuvo acceso a las cámaras de seguridad—, no le quedó otro camino que confesar. A mayor abundamiento, la versión prestada por Drolett Pradenas no contribuyó en lo absoluto a la investigación favoreciendo la labor investigativa, pues su primera versión de los hechos lo que hizo precisamente fue retardar la acción de la justicia, pues la policía descubrió, luego de una ardua labor, que Drolett mentía, así lo explica latamente en su declaración el Sargento 2° del departamento de OS9 de Carabineros, José Roberto Herrera Llanca (considerando décimo). B.- Luis Fernando Orellana Vega por su parte, también decidió prestar declaración durante el juicio, pero en ningún momento reconoció haber participado del ilícito, aun cuando manejara el camión en el que venían los individuos que robaron en la fábrica y en él se cargaran 4.245 pares de zapatos. En el considerando sexto, podemos apreciar que en su declaración dice que algo le pareció extraño ese día, que sabía que era la

empresa Guante y que no le entregaron ninguna factura, sólo una guía de despacho en blanco por si los paraban los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos. La declaración prestada por Orellana no tiene carácter de sustancial en la aclaración de los hechos, y sólo persigue desentenderse de lo sucedido, mintiendo acerca de su rol en el robo con violencia e intimidación cometido el 14 de julio del año 2013, tratando de engañar a la policía, la fiscalía y el tribunal con una versión inverosímil acerca de su falta de conocimiento de lo que sucedía y además de no haberse percatado de lo que sucedía, aun cuando vio al guardia amarrado e interactuó con un individuo encapuchado. Es importante tener presente además, que Orellana no concurrió a declarar, sino que la policía lo fue a buscar a su casa cuando las cámaras de seguridad revelan el número de container que ingresó en el camión el día de los hechos y la patente del camión que lo arrojó como dueño en el sistema. Por último, recordemos que él es la única persona que se encontraba en posesión de indicar dónde habían sido llevados los zapatos con el fin de recuperar las especies, cuestión que no fue posible precisamente por su falta de cooperación. En efecto, resulta erróneo considerar configurada la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos a favor de ambos acusados, pues su colaboración no fue sustancial ni permanente y en el caso de Drolett además resulta ser el único camino que le queda después de haber quedado en evidencia a través de los videos de las cámaras de seguridad”.

Segundo: Que el recurrente concluye que los errores y transgresiones descritas han influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, pues la correcta interpretación del derecho positivo posibilitaría la condena de los imputados por una figura penal que tiene una sanción de presidio mayor en cualquiera de sus grados, a diferencia de lo resuelto que discurre sobre una penalidad mucho más baja de cuatro años de presidio menor en su grado máximo y accesorias aplicadas.

Solicita así la anulación del proceso oral y de la sentencia, para realizar un nuevo juicio ante tribunal no inhabilitado.

Tercero: Que los hechos fijados soberanamente por los jueces del grado y sobre los que no existe discusión consisten en que “el día 14 de julio de 2013, alrededor de las 00:30 horas, en la fábrica de calzados “Guante”, ubicada en calle Álvarez de Toledo N° 706, comuna de San Miguel, Christopher Alexander Drolett Pradenas y Luis Fernando Orellana Vega, previamente concertados, procedieron a facilitar los medios para que Patricio Nicolás Salvo Jiménez, en conjunto con sujetos no identificados intimidaran con un arma, aparentemente de fuego, a Pablo Sergio Mansilla Gutiérrez quien cumplía funciones de guardia de seguridad en el lugar, amarrándolo, y causándole lesiones consistentes en contusión de mano, contusión dorsal, contusión lumbar, para posteriormente apropiarse con ánimo de lucro y sin la voluntad de sus dueños de alrededor 4.200 pares de zapatos, evaluados en al menos la suma de \$ 110.000.000, espe-

cies que fueron cargadas en el camión placa patente única LT.3625, conducido por Orellana Vega, en el cual se llevaron del lugar las referidas especies”. Sucesos que se calificaron como el delito de “robo con violencia, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1º del Código Penal, en relación con los artículos 432 y 439 del mismo cuerpo legal, en grado consumado, toda vez que mediante el uso de malos tratos, que revistieron el carácter de funcionales e idóneos para el propósito perseguido y subordinados a la acción de apropiación, los acusados antes referidos facilitaron los medios para que Patricio Nicolás Salvo Jiménez, conjuntamente con otros sujetos, lograsen debilitar la capacidad de reacción del guardia Pablo Sergio Mansilla Gutiérrez en resguardo de especies muebles que se encontraban en la empresa que custodiaba, y apropiarse de éstas, en contra de su voluntad y con ánimo de lucro”.

Cuarto: Que razonando sobre la participación de los encartados el mismo fallo asevera que para establecerla contaron con la declaración de los funcionarios policiales, ilustrados con las fotografías exhibidas y grabaciones de los videos de seguridad de la empresa, todo lo que resultó compatible con la demás prueba presentada por el ente persecutor. Advierten que la autoría en este caso se da por el concierto previo de los hechos, pues un número indeterminado de sujetos intervinieron en la ejecución del hecho por medio de la ejecución de un plan delictivo común, mediante la división del trabajo, previamente acordada, o al menos, subentendida en él. Todo lo que se

comprobó también con la declaración de los policías investigadores.

La sentencia desestimó la tesis de la defensa de Drolett Pradenas sobre que se trataría de un hurto agravado por no comunicarse a su defendido la eventual violencia en la perpetración del delito. Asimismo, no descartó la tesis de la defensa de Orellana Vega en orden a que no tuvo calidad de autor por ausencia de concertación, sino de cómplice argumentando que en todo el tiempo estuvo dentro del camión que conducía y negó tener esa concertación. La resolución lo tuvo como autor en lo términos del artículo 15 N° 3 del Código Penal.

Quinto: Que es en el basamento vigésimo segundo donde los jueces entienden que adviene en favor de los encausados la atenuante del N° 9 del artículo 11 del Código Penal en los siguientes términos: “por cuanto el testimonio de los acusados permitió establecer el grado de participación en los hechos investigados, situándose en el lugar al momento de hechos y permitiendo relevar el ente persecutor de elementos de convicción en tal sentido. Del mismo modo, por mayoría del Tribunal, se procederá a efectuar la calificación de esta circunstancia atenuante, en los términos del artículo 68 bis del Código precitado en favor de Orellana Vega, toda vez que su declaración resultó relevante para determinar inequívocamente su participación en los hechos, toda vez que no hubo registro visual de su participación en los hechos investigados. En efecto, fue gracias a su declaración prestada durante la investigación y las

diligencias en las que participó, que se pudo ubicar el lugar donde fueron llevadas las especies. Por otro lado, la conducta del acusado se evidenció no sólo en la fase de investigación sino también en el juicio oral, en la que también prestó declaración, que coincidió en lo sustancial con los testimonios vertidos en estrados, situándose en la conducción del camión, lo que contribuyó no sólo a establecer su participación en los términos ya indicados, sino también a que los agentes del delito actuaron previamente concertados en la idea de robar en la fábrica de zapatos Guante, permitiendo además al Tribunal aclarar la participación que les cupo a cada uno de ellos en el ilícito investigado. Por estas motivaciones, en opinión de la mayoría del Tribunal que en la especie y respecto de tal acusado, se debe hacer uso de la facultad prevista en el artículo 68 bis del Código Penal calificando la minorante indicada”.

Sexto: Que la mención en la norma ya citada del artículo 11 N° 9 acerca de la “colaboración substancial” constituye un criterio cuantitativo indefinido que forma parte de aquello que la doctrina (Heinrich Henkel y Claus Roxin) ha designado como principios o conceptos regulativos –a diferencia de las cláusulas normativas estrictas–, que constituyen orientaciones donde se instruye para recurrir a un concreto fenómeno vital. Se ha dicho, asimismo, que por su intermedio el legislador otorga la posibilidad de desarrollar la norma legal con un criterio judicial (en esta perspectiva) a partir del caso que se juzga, atendiendo a una multiplicidad de factores inde-

terminados teóricamente y cambiantes que no permiten una generalización normativa adecuada.

Sucedee con ellos algo similar a lo que ocurre con las normas penales en blanco, que solo son aceptables cuando la ley define el comportamiento punible nuclear y faculta al destinatario únicamente para llenar los espacios marginales al establecer ciertas circunstancias o elementos que entrega peculiarmente el caso concreto.

Sobre el punto es fundamental atender al criterio sustentado en la sentencia de la Excm. Corte Suprema de 19 de julio de 2005, en los autos rol N° 2005-05 de ese Tribunal, pronunciada por los Ministros Sres. Cury, Medina, Rodríguez y abogados Sres. Castro y Pfeffer, redactado por el primer magistrado de los mencionados, criterio que fue ratificado posteriormente en otros fallos como el de 10 de agosto de 2005 de la Excm. Corte en la causa rol N° 2592-2005;

Séptimo: Que, así entonces, tales cláusulas regulativas orientadoras de la actividad jurisdiccional sí pueden resultar lesionadas, al transgredir con su inadecuado empleo la propia norma de derecho que las contiene. La jurisprudencia ya anotada, acepta tal planteamiento cuando señala que el elemento regulativo propicia únicamente cierta autonomía dentro de los límites de la esfera dudosa del derecho, con un ámbito de aplicación que posibilita una “resolución justa del caso concreto, sólo en los espacios marginales no codificados de conceptos que por lo demás poseen nítidos contornos” (fallo de 19

de julio de 2005 de la Excm. Corte Suprema ya citado);

Octavo: Que, en conclusión, ha de analizarse si en la definición de la fórmula “colaboración substancial” los jueces de grado contravinieron el texto legal formal, de modo tal que, si ello ocurrió, su decisión es susceptible de anularse por esta vía extraordinaria recursiva;

Noveno: Que, según lo anterior, corresponde acudir al análisis de lo que debe entenderse por “colaboración” y “substancial”. Según el Diccionario de la Lengua Española “colaboración” es “Acción y efecto de colaborar” y “substancial” “Que constituye lo esencial y más importante de algo”.

Décimo: Que, enseguida, los supuestos fácticos definidos indubitadamente consisten –ya se dijo– en que la participación de los acusados derivó, en el caso del guardia Drolett, de las imágenes grabadas por la cámaras de seguridad de la empresa, ya que negó inicialmente su vinculación con los hechos que se le atribuyen. En cuanto a Orellana Vega, éste en su declaración restringió su actuar a la conducción del camión utilizado para transportar el botín, y a él se llegó también por las imágenes captadas por las cámaras de video, negando una actividad mayor que es la que dan por cierta los jueces en su fallo y, se colige, entonces que adaptó sus dichos de una manera que privilegiaba sus intereses antes que la investigación.

Undécimo: Que, se observa entonces que los jueces de grado para arribar al concepto de colaboración substancial atendieron a aspectos importantes rela-

cionados con la investigación, pero no trascendente o que fueren categóricos en relación al establecimiento de los hechos materia del juicio.

Duodécimo: Que según la historia fidedigna del establecimiento del precepto en cuestión incorporado por la Ley N° 19.806, el propósito del legislador al modificar el artículo 11 N° 9 del Código Penal fue dar relevancia a aquella colaboración que contribuyera efectivamente a la impartición de justicia o agilizar la investigación, de tal manera que tuviera efectos trascendentes por vía de un aporte efectivo, serio y suficiente a tales propósitos. En la discusión parlamentaria, primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, se dejó establecido que “La Comisión estuvo de acuerdo en que la atenuante deberá configurarse si el imputado aporta antecedentes o efectúa declaraciones que contribuyan al esclarecimiento de los hechos, en cualquier etapa del procedimiento. Se incluye la colaboración que preste durante la investigación, porque, mientras más sustancial sea, menos peso deja a la colaboración durante el juicio, lo que es particularmente relevante en el caso del procedimiento abreviado. Ahora bien, es evidente que la contribución al esclarecimiento de los hechos tiene que ser significativa, de modo que justifique la menor necesidad de pena, expresada en su determinación atenuada. De otro modo no podría imponerse al tribunal las obligaciones que fluyen de la concurrencia de una atenuante”. (Historia de la Ley N° 19.806, p. 208).

Décimo tercero: Que, según lo dicho, contrariamente a lo decidido por los magistrados *a quo*, los supuestos fácticos denotativos de la actividad desplegada por los acusados Christopher Alexander Drolett Pradenas y Luis Fernando Orellana Vega al momento de la ejecución del delito, luego cuando fueron detenidos y posteriormente en su relación con la policía, el ente persecutor y juicio, no permiten concluir racionalmente y en un proceso lógico deductivo adecuado que adviene en la especie el criterio regulativo de “colaboración substancial” incorporado al texto legal. Se tiene en cuenta precisamente que éste supone necesariamente que se produzcan las circunstancias ya anotadas en el motivo anterior, lo que no ha ocurrido en la especie.

Décimo cuarto: Que de lo razonado aparece que se ha producido la contravención formal del precepto tantas veces mencionado y con ello –habida cuenta de sus repercusiones e influencia dispositiva– concurre la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal que sirve de sustento al libelo

recursivo intentado por la parte querellante en estos autos, lo que amerita que el juicio oral y la sentencia en él recaída deben anularse, según lo prescrito en el artículo 386 del mismo cuerpo de leyes.

Por estas consideraciones y lo prevenido en la normativa citada y artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad interpuesto por la abogado querellante doña Diva Serra Cruz, en representación de la Sociedad Distribuidora G & G Ltda., y se anula en su totalidad el juicio oral y la sentencia dictada por el Sexto Tribunal oral en lo Penal de Santiago, de fecha seis de julio del año en curso, en los autos RIT 0-301-2015, debiendo celebrarse un nuevo juicio, por Tribunal no inhabilitado.

Comuníquese y regístrese.

Redacción del Ministro Sr. Roberto Contreras Olivares.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros señor Roberto Contreras Olivares, señora María Teresa Letelier Ramírez y la señora Carolina Vásquez Acevedo.

Rol IC. 1306-2015 RPP