

RUC: 1101243950/RIT: 45-2013

EN LO PRINCIPAL: RECURSO DE NULIDAD

EN EL PRIMER OTROSÍ: OFRECE PRUEBA

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: APELACIÓN SUBSIDIARIA

EN EL TERCER OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTO

7° TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL (Santiago)

JULIO CORTÉS MORALES Y RODRIGO ROMÁN ANDOÑE, en representación del condenado HANS NIEMEYER SALINAS, en autos RUC 1101243950, RIT 45-2013, a US. respetuosamente decimos:

Que venimos en interponer recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada en estos autos con fecha 12 de Julio del año en curso, mediante la cual se condenó a nuestro representado como autor de los delitos consumados de Infracción al artículo 13 de la Ley 17.798 (Ley de Control de Armas y Explosivos) y del delito de daños del artículo 487 del Código Penal, a cumplir las penas de 5 años de presidio menor en su grado máximo y 300 días de reclusión menor en su grado mínimo, sin beneficios.

El recurso es procedente toda vez que se trata de una sentencia definitiva condenatoria, y nos encontramos dentro de plazo legal, todo ello en conformidad a lo dispuesto en el artículo 372 del Código Procesal Penal.

I.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Este recurso invocará en primer lugar la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, toda vez que, tal como sostenemos y demostraremos, en este Juicio y su sentencia se han infringido sustancialmente derechos y garantías garantizados por la Constitución y los tratados internacionales pertinentes.

Además, en subsidio de lo anterior, se invocará la causal del artículo 373 letra b), por haber incurrido esta sentencia en errores en la aplicación del derecho, que han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

II.- CAUSAL DEL ARTÍCULO 373 LETRA A)

Durante la fase preparación de juicio oral en esta causa fueron excluidos numerosos testigos que nunca habían declarado ante la Fiscalía y que, por ende, no contaban con declaración en la carpeta investigativa. Uno de los fundamentos tenido en cuenta por el Tribunal al resolver las exclusiones pertinentes fue la evidente infracción al artículo 181 del Código Procesal Penal, que contempla, la obligación de registro de las actividades de la investigación, que incluye, entre otras, la de identificar a los testigos y consignar sus declaraciones.

Entre estos testigos excluidos, se encontraba el señor Cristián Pérez Mancilla, en ese entonces Oficial de la Dirección de Inteligencia Policial de Carabineros de Chile (DIPOLCAR). Respecto de él, el Tribunal consideró que su declaración en el juicio oral infringiría garantías, particularmente el derecho de defensa en tanto derecho a controlar y confrontar la prueba de cargo, toda vez que al no haber declarado en el curso de la investigación, no existiría con qué contrastar sus declaraciones en el juicio oral. Particularmente se tuvo en cuenta al resolver estas solicitudes de exclusión la jurisprudencia reciente la de Excm. Corte Suprema, expresada en la sentencia de fecha 5 de Septiembre del 2012 en el Rol 5116-12. Estas razones se pueden apreciar en la pista "1101243950-6-1232-120924-00-08 PJO_DEBATE EXC TESTIGOS" desde el minuto 22:01 hasta 25:11.

Con posterioridad a esta exclusión decretada por el 8° Juzgado de Garantía, al resolver la apelación presentada por el Ministerio Público contra el auto de apertura, la Primera Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones decidió reponer esta prueba, por considerar que no había sido obtenida con infracción de garantías.

Esta situación fue denunciada explícitamente por estas Defensas en los alegatos de apertura realizados con fecha 17 de junio, tal como se aprecia en la pista "1101243950-6-1250-130617-00-08-Alegato Apertura DEF.PRIV." desde el minuto 10:43 hasta 11:18.

El señor Pérez Mancilla declaró en este juicio como testigo el día 27 de junio del año en curso. Sus declaraciones fueron valoradas y a lo largo de la sentencia se alude a ellas en numerosas oportunidades, siendo parte del pilar fundamental de la prueba de cargo tal como se señala en el Considerando Quinto.

Lo anterior constituye no sólo una infracción de garantías a la luz del artículo 19 N° 3 de la Constitución, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Además, resulta incomprensible que en la misma sentencia se señale en el Considerando Décimo Tercero entre la prueba no valorada a la declaración del señor Gerardo Mediavilla Castro, también testigo de la DIPOLCAR, excluido temáticamente en su momento y luego repuesto tras la apelación del Ministerio Público, precisamente en razón de no haber declarado jamás ante la Fiscalía, por lo cual **se habrían visto "afectados los requisitos del debido proceso, por cuanto no se había presentado a declarar ante la fiscalía y solo había firmado un informe pericial realizado por el Capitán Rafael Cares, contraviniendo con ello lo dispuesto en el artículo 181 del Código Procesal Penal, en el cual se dispone, que para el cumplimiento de las diligencias de investigación que los fiscales consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos, se hará constar el estado de las personas o lugares, se identificará a los testigos del hecho investigado y se consignarán sus declaraciones, lo cual en este caso, como ya se dijo, se incumplió"** (Considerando Décimo Tercero).

No podemos estar más de acuerdo con el argumento del Tribunal a quo en este particular punto: aquí estamos claramente frente a una infracción de garantías. **Lo que no se comprende es que donde debía aplicar la misma razón, esto es, en relación a la declaración del señor Pérez Mancilla, no se haya dicho absolutamente nada.**

De esta forma, se ha producido una infracción de las garantías ya mencionadas (contempladas en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, en relación con el artículo 181 del Código Procesal Penal), y que se ha configurado en dos fases: primero, al resolver la Primera Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago la incorporación de dicha prueba, en sentencia de fecha 11 de marzo del 2013 en Rol N° 2782-2012; y posteriormente en la dictación de la sentencia condenatoria recurrida.

Además, como se ha mencionado, se infringen derechos y garantías consagradas en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Así, tenemos el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, que contempla en su número 2, las siguientes: b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa; y, f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

Similares contenidos se contemplan en el número 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que expresa el derecho de toda persona: a) a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra; b) a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa...; e) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo.

Si bien el legislador presume de derecho la existencia del perjuicio, esta infracción ha influido sustancialmente en el contenido de la sentencia, toda vez que tratándose de un miembro del Equipo Multidisciplinario de Carabineros encargado de investigar los cuatro hechos imputados a nuestro defendido, respecto de uno de los cuales ha

resultado condenado, sus declaraciones fueron sustento de la existencia de los distintos delitos objeto de esta investigación, acusación y sentencia, tal cual puede apreciarse en los Considerandos Quinto, Sexto, Séptimo y Décimo.

PREPARACIÓN DEL RECURSO

En aplicación del artículo 378 del Código Procesal Penal, cabe señalar que respecto a la causal invocada en primer lugar, esto es el artículo 373 letra a), el recurso fue preparado en la medida en que, tal como se demuestra con la prueba ofrecida en el primer otrosí, en primer lugar se solicitó y obtuvo durante la etapa intermedia la exclusión de la declaración del testigo Cristián Pérez Mancilla. Dado que posteriormente la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago revocó dicha exclusión y restituyó este medio de prueba, el recurso se preparó adecuadamente anunciando esta defensa en el Alegato de Apertura del Juicio Oral que existía un problema de prueba ilícita, dado precisamente por esta situación.

PETICIÓN CONCRETA

Respecto de la causal invocada en primer lugar, por haberse violado el artículo 181 del Código Procesal Penal, el artículo 19 N° 2 y 3 de la Constitución Política de la República, artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al haberse valorado la declaración del testigo Cristián Pérez Mancilla, pedimos a US. EXCMA. que en conformidad al artículo 376 inciso primero se declare nulo el juicio y la sentencia dictada por el Séptimo Tribunal Oral en lo Penal, excluyéndose del auto de apertura tanto la testimonial de Cristián Pérez Mancilla, y luego se sirva ordenar la realización de un nuevo juicio oral.

I.II.- CAUSAL DEL ARTÍCULO 373 LETRA B)

En subsidio de la primera causal invocada, procede aplicar la del artículo 373 letra b), toda vez que como demostraremos a continuación en la sentencia recurrida se ha

hecho una errónea aplicación del derecho, tanto en lo relativo a la calificación jurídica del hecho punible atribuido a nuestro defendido, como en la determinación de las penas aplicables. Nos referiremos a continuación en el mismo ordena estos dos tipos de errónea aplicación del derecho.

Dado que estas causales adicionales dicen relación con defectos contenidos en la dictación misma de la sentencia recurrida, y por aplicación de esta misma norma no se necesita que hubieran sido reclamados con anterioridad a esta interposición de recurso de nulidad.

1) Calificación jurídica.

En el considerando Noveno de la sentencia recurrida se tuvo por establecido:

4.- “Que, el día 30 de noviembre de 2011, en horas de la noche Hans Felipe Niemeyer Salinas, se dirigió hasta la sucursal del Banco BCI ubicado en Avenida Macul N° 2906 de la Comuna del mismo nombre, portando un artefacto explosivo de fabricación artesanal, lugar donde a las 22:00 horas aproximadamente, procedió a colocarlo. El artefacto estaba compuesto de un extintor como contenedor, en cuyo interior había pólvora negra y Tetryl, con un sistema de activación eléctrica mediante el uso de dos temporizadores mecánicos y porta lámparas, temporizadores que a su vez estaban contenidos cada uno en un contenedor cilíndrico plástico transparente, los cuales se activaron y detonaron en forma anticipada, causando diversos daños en el ventanal de vidrio del cajero automático que da al exterior, las puertas protex del acceso a la sucursal, en el suelo, muro y cielos de la misma, los cuales tuvieron un costo de reparación que ascendió a la suma de \$ 8.613.458.”

En el Considerando Décimo, por su parte, correctamente se desestimó que este hecho pudiera calificarse como constitutivo del delito contemplado en el artículo 2 N°4 en relación al artículo 1 de la Ley 18.314.

En este punto, estamos completamente de acuerdo, y cabe agregar que ya se trata de la cuarta sentencia definitiva que en procesos penales en que se ha aplicado la Ley de Conductas Terroristas después de su modificación en octubre del año 2010, se estima que en principio las colocaciones de artefactos explosivos no son delitos terroristas, sino que delitos comunes o de una ley penal especial (cual es el caso de la Ley de Control de Armas y Explosivos, que desde hace ya cuatro décadas se refiere dentro de nuestro ordenamiento jurídico-penal a cuestiones ligadas al uso de armas y de sustancias tanto permitidas como prohibidas de naturaleza explosiva o incendiaria).

Sin embargo, dentro del mismo Considerando Noveno la sentencia recurrida incurre en errónea aplicación del derecho al estimar que “los hechos consignados en el razonamiento anterior, se califican jurídicamente como constitutivos, en primer lugar, de una infracción al artículo 13 en relación al artículo 3 inciso segundo de la Ley N°17.798, encontrándose éste en grado de consumado, toda vez que, en circunstancias, que un sujeto llevó un artefacto de fabricación casera hasta las puertas de una sucursal del Banco BCI, la colocó tras la reja de acceso peatonal, lo apoyó en un muro, enfrentando los ventanales para que detonara, activándose su mecanismo en forma anticipada, -ya que el sujeto que la instaló se encontraba en el lugar-, cuya explosión causó daños materiales al edificio de la sucursal. Asimismo, y en segundo término al haberse ocasionado diversos daños en una propiedad privada, se configuró el ilícito previsto en el artículo 487 del Código Penal, por cuanto no concurre ninguna de las circunstancias fácticas que permitirían calificarlos en las figuras más gravosas de los artículos 485 y 486 del citado cuerpo legal”.

En primer lugar, cabe señalar que en la especie **estamos ante la hipótesis del concurso aparente de leyes penales, no de concurso de delitos, y por ello debe optarse en definitiva por una figura del Código Penal, o de la ley especial que es la 17.798.**

Tal como señala Tatiana Vargas, aquí “el sujeto realiza un hecho que permite la aplicación de varias disposiciones penales. Existen varias disposiciones aparentemente aplicables, pero el supuesto se rige en realidad por una sola de ellas.

Hay un solo delito. Se trata de un problema de interpretación más que de un concurso de delitos, por eso se habla de concurso (aparente) de leyes penales (...) Las disposiciones aparentemente aplicables se excluyen entre sí” (Tatiana Vargas, Manual de Derecho Penal práctico, Abeledo Perrot, 2010, pág. 222).

De lo contrario, se estaría vulnerando el Principio del *ne bis in idem*, en el mismo sentido en que tuvo ocasión de referirse la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel en sentencia de fecha 24 de enero de 1996 en causa rol número 2.678-95, que en su considerando 5^a expresa: “Que, tal como lo ha decidido esta Corte en ocasiones anteriores, el hecho de haber tenido el reo un arma y haberla portado, careciendo de los permisos exigidos por la ley, no puede entenderse en relación de concurso material con el delito de lesiones, sancionándose todos esos ilícitos por separado, toda vez que la posesión y uso del revólver, han sido un elemento sine qua non para la perpetración del atentado contra la salud, por el cual el imputado haya sido sancionado y un mismo hecho no puede ser castigado doblemente, so pena de afectarse severamente el principio fundamental de ‘non bis in ídem’”.

En apoyo de la tesis de sancionar este tipo de hechos como delito de daños podemos invocar una tradicional definición de dicho delito, citada en la propia sentencia recurrida, donde se dice que éste “se conforma por **una actividad dirigida a provocar el daño y por la consecuencia de esa conducta**, vale decir el real deterioro o destrucción de un bien ajeno”. (Mario Garrido Montt. Derecho Penal, Tomo IV. Parte Especial. 3era. Ed. Pág. 421).

En estos casos, entonces, el uso de explosivos se subsume dentro del comportamiento típico de causación de daños, dentro de esta primera parte de su faz objetiva: la actividad dirigida a provocar el daño. Al efecto, el tenor de la disposición contenida en el artículo 484 es bastante clara: “los que en la propiedad ajena causaren algún daño”.

La causación del daño está también comprendida en la descripción típica, y por ello es que la infracción relativa al porte y empleo de bombas queda expresamente incluida dentro de ella.

Curiosamente, va en apoyo de esta misma solución la decisión tomada por el Tribunal a quo cuando al pronunciarse sobre la determinación de la pena del daño del artículo 487, que le parece aplicable por no configurarse los presupuestos fácticos de las figuras previas relacionadas (artículos 484 a 486 del Código Penal), al decidirse por la pena corporal y descartar la de multa de 11 a 20 UTM que se contempla también dentro de la penalidad de esta figura, tiene en cuenta “la naturaleza del medio empleado para provocar” (los daños), el que consistiría en un “artefacto explosivo que aunque casero y de escaso poder”, podría haber resultado peligroso más allá de la causación de “el daño que razonablemente se espera provocar”.

La circunstancia de tratarse de un delito de daños causado mediante artificios explosivos, quedaría así integrada dentro del comportamiento típico y su consideración permitiría una determinación de pena que tendiera a desplazarse hacia el máximo dentro del grado o marco correspondiente (además de la posibilidad ya aludida, en términos de que una imputación correctamente formulada tendría que tratar de reflejar el pretendido mayor desvalor de un daño causado con este tipo de artefactos mediante la invocación de la agravante del artículo 12 N° 3).

Sin embargo, en esta situación es el propio legislador penal el que ha solucionado este aparente concurso de leyes, dado que **en su artículo 488 señala que “las disposiciones del presente párrafo sólo tendrán lugar cuando el hecho no pueda considerarse como otro delito que merezca mayor pena”.**

En aplicación de esta norma, la opción correcta hubiera sido la de aplicar únicamente la figura pertinente de la Ley de Control de Armas y Explosivos.

Hasta aquí, entonces, hemos explicado el primer error en que incurre la sentencia recurrida.

Pero esta sentencia además es errónea en lo que se refiere a la figura que aplica dentro de la citada Ley 17.798.

Una correcta aplicación de esta legislación penal especial nos obliga a diferenciar “los explosivos, bombas y otros artefactos de similar naturaleza, y sus partes y piezas”, al que alude en tanto tipo penal el artículo 9 a efectos de sancionar su posesión o tenencia, que están incorporadas a esta Ley penal especial desde sus inicios en el año 1972, y las “bombas o artefactos incendiarios” (usualmente conocidas como “molotovs”) que modificaciones legales efectuadas hace menos de una década incluyeron separadamente dentro del tipo de elementos aludidos en el artículo 3 (y cuyos tipos penales correlativos son los de los artículos 13 y 14).

Esta conclusión es clara si nos atenemos a la historia y evolución legislativa de este cuerpo legal.

Mientras la Ley original se refería en la letra c) del artículo 2 a los “explosivos” en general (lo que incluiría todo tipo de elementos y artefactos) y en la letra d) a “sustancias inflamables y asfixiantes”, 5 años después el Decreto 400 las había extendido contemplando ahora en la letra d) los “explosivos, bombas y otros artefactos de similar naturaleza, y sus partes y piezas”, y en la letra e) “las sustancias químicas que esencialmente son susceptibles de ser usadas o empleadas para la fabricación de explosivos, o que sirven de base para la elaboración de municiones, proyectiles, misiles o cohetes, bombas, cartuchos, y los elementos lacrimógenos o de efecto fisiológico”.

El año 2005 mediante la Ley 20.014 se agregó en la letra d) “a continuación del vocablo ‘bombas’, la expresión ‘incluidas las incendiarias’”, con lo cual el tratamiento de las bombas y artefactos explosivos pasó a incluir al ya clásico elemento usado en situaciones de protesta social conocido como “bomba molotov”.

Con todo, a esa modificación legal publicada el 30 de Mayo del 2005, le sucedió una nueva modificación cuatro meses después, que volvió a eliminar del artículo 2º “las expresiones ‘incluidas las incendiarias’” y las comas (,) que le anteceden y siguen” (artículo único de la Ley 20.061, publicada el 10 de septiembre de 2005) . En el Informe de la Comisión Mixta de fecha 30 de agosto de 2005 (Boletín 3.885/07) se

señaló expresamente que la finalidad de esta última modificación era dejar a las bombas incendiarias únicamente dentro del catálogo del artículo 3. Por su parte, en el único Tratado de la versión actualizada de la Ley 17.798 sus autores relatan que la inclusión de las bombas o artefactos incendiarios en el artículo 3 obedece a subsanar un vacío legal, puesto que “en los procesos seguidos ante la Justicia Militar se podía apreciar que la utilización de elementos incendiarios como las denominadas ‘bombas molotov’ sólo era penalizada si con ellas se causaba efectivamente un resultado lesivo para la integridad física de los afectados” (Sergio Cea Cienfuegos y Patricio Morales Contardo, Control de armas. Manual de aplicación de la Ley N° 17.798 y su Reglamento Complementario. Incluye innovaciones de la Ley N° 20.477 de 31 de diciembre 2010, Abeledo Perrot/Thompson Reuters, Cuarta edición actualizada, 2011, página 25).

Ante esta seguidilla de modificaciones legales, la alusión actual a los “artefactos incendiarios” está contenida en el artículo 3, inciso 2°, incorporado por la Ley 20.014 y no modificado con posterioridad, que señala lo siguiente: “Asimismo, ninguna persona podrá poseer o tener artefactos fabricados sobre la base de gases asfixiantes, paralizantes o venenosos, de sustancias corrosivas o de metales que por la expansión de los gases producen esquirlas, ni los implementos destinados a su lanzamiento o activación, **así como tampoco bombas o artefactos incendiarios**”.

Por estas razones es que resulta evidente que es el artículo 2 letra d) la norma que describe claramente que quedan sometidos a control, entre otros ‘los explosivos, bombas y otros artefactos de similar naturaleza, y sus partes y piezas’”, y que es menester recordar que de acuerdo a la primera norma de interpretación de la ley, que se lee en el artículo 19 del Código Civil, “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Ante ello, no resulta atendible la posible objeción en orden a que el artículo 2 sólo señala “elementos permitidos”, toda vez que como señalan Cea y Morales, en esta disposición legal **“no se trata de una determinación de elementos permitidos y**

prohibidos, sino simplemente de señalar el ámbito de aplicación de esta ley”
(Op. Cit. pág. 16).

El hecho de que un artefacto explosivo se emplee efectivamente no es obstáculo a sancionarlo dentro del marco de la ley de control de armas y explosivos, punto al cual se ha referido la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2012 de la Octava Sala de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago conociendo de recursos de nulidad interpuestos en contra de la sentencia RIT 150-2012 del Cuarto TOP de Santiago, señala que, descartada la aplicación de la Ley 18.314, aunque los tipos de la Ley de Control de Armas no incluyan expresamente la “colocación” de un artefacto explosivo, las conductas demostradas “necesariamente quedan comprendidos por ellos, ya que para instalar o colocar una bomba ha de portarse o tenerse previamente” (Considerando Vigésimo Quinto, Rol 2384-2012).

En efecto, tratándose de un delito de peligro que protege el bien jurídico de la seguridad colectiva, el adelantamiento de la barrera punitiva a la mera tenencia o posesión no implica que lo que se sanciona no pueda incluir también su empleo, y a esos efectos es que dentro de cada una de estas figuras penales especiales el sentenciador puede recorrer un marco penal en principio bastante amplio.

PETICIÓN CONCRETA

En relación a la causal subsidiaria del artículo 373 letra b), primer motivo (esto es, calificación jurídica), lo que solicitamos a US. EXCMA. de acuerdo al artículo 385 del Código Procesal Penal es la dictación de una sentencia de reemplazo que recalifique el hecho por el cual fue condenado nuestro representado de infracción al artículo 9 en relación al artículo 2 letra d) de la Ley de Control de Armas y Explosivos, o en subsidio de infracción al artículo 13 en relación al 3 del mismo cuerpo legal.

2) Determinación de la pena.

Conjuntamente con el motivo ya señalado, se está frente a la causal del artículo 373 letra b) con ocasión de la determinación de penas que realizan los sentenciadores, que aplican erróneamente el artículo 69 del Código Penal, norma de carácter sustantiva cuya aplicación resulta obligatoria.

En efecto, en el Considerando Décimo Sexto se pasa de la consideración de la existencia de una atenuante y sus efectos en relación a cada uno de los delitos que se estima concurren en la especie (primer párrafo), a la opción por desechar la aplicación de multa en el caso del delito tipificado en el artículo 487 del Código Penal (segundo párrafo), para luego anunciar que el hecho de “haber dispuesto del explosivo, esto es haber procedido a su detonación”, agregaría “un plus de desvalor a la conducta sancionada en la ley de control de armas y explosivos”, y que “este aspecto será sustancial al momento de fijar la cuantía de la pena que corresponda al enjuiciado en relación a este ilícito”.

De esta forma, los sentenciadores erróneamente aplican el artículo 69 entendiendo que estas consideraciones los autorizan a aplicar automáticamente el máximo dentro de cada marco penal, una vez efectuados los cálculos del artículo 67 y 68 (que para el caso de la infracción al artículo 13 de la Ley 17.798 impide aplicar el grado máximo, y en el caso del daño del artículo 487 del Código Penal obliga a aplicar la pena en su *mínimum*).

Esta determinación “hacia arriba” del marco penal aplicable en ambos casos se contradice con la existencia –también en ambos casos- de una circunstancia atenuante y ninguna agravante. El legislador penal es claro al señalar en el artículo 69 como primer criterio de determinación “el número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes”. Según el profesor Cury, “esto significa que las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal concurrentes en el hecho deben ser consideradas por segunda vez; pero en esta ocasión mediante una apreciación global que las evalúa haciéndose cargo de sus relaciones recíprocas en el contexto de la situación enjuiciada unitariamente” (Enrique Cury, Derecho Penal.

Parte General, Ediciones UC, Novena edición, 2009, pág. 770). En la especie, la consideración de la existencia de una sola circunstancia modificatoria, de naturaleza morigerante, impide la aplicación del tope máximo dentro del grado o mitad del grado ya determinados por aplicación de los artículos 67 y 68.

El segundo criterio señalado en el artículo 69, la extensión del mal causado, también es erróneamente aplicado, puesto que la decisión tomada (aplicar el máximo posible de pena dentro del marco determinado en virtud de los dos artículos anteriores) se contradice con el hecho acreditado en el juicio de que el artefacto explosivo utilizado fuera de muy escaso poder, al punto que si se compara con los elementos prohibidos del artículo 3 de la Ley de Control de Armas y Explosivos (que incluye ametralladoras, subametralladoras, artefactos fabricados sobre la base de gases asfixiantes, paralizantes o venenosos), que es el que el Tribunal a quo considera aplicable en este caso a pesar de todo lo señalado en el punto anterior, su peligrosidad sea notoriamente inferior y en consecuencia impide también inclinarse por fijar el quantum de la pena en su máximo.

En la propia sentencia recurrida se alude en el Considerando Décimo a que se trató en todos los hechos investigados de detonaciones producidas por “un artefacto explosivo de fabricación casera, con un bajo poder destructivo”, que en el caso de la Automotora One, la detonación se produjo encontrándose un empleado a 5 metros, y que éste no sufrió lesiones.

Específicamente en relación al hecho por el cual fue condenado nuestro representado, esto es BCI Macul: “los daños deben apreciarse conforme a los dichos de los testigos que estuvieron en el lugar, coincidiendo todos que la mayor parte de ellos se produjo por la fracturación de los vidrios de las puertas de acceso a la sucursal, que eran cuatro, de manera que fueron las esquirlas metálicas del contenedor, como los trozos de estos mismos vidrios que al ser expelidos por la explosión se incrustaron en muebles que se encontraban en el interior de la sucursal. Por otra parte, debe considerarse que se ha estimado que el artefacto explosionó antes de lo previsto y pese a encontrarse el acusado muy cerca del lugar, solo le causó un trauma acústico y

ninguna otra lesión que pueda considerarse de mayor gravedad, lo cual también demuestra su bajo poder destructivo. Por último, no es menor la consideración que el artefacto se haya instalado en el costado de un muro, en una sucursal cuyo acceso estaba ubicado a varios metros de distancia de la vereda y en la que no había servicio de cajero automático, el cual funcionaba solo hasta las seis de la tarde, lo que se advertía al público bajando una cortina metálica, según manifestó el testigo Lautaro Torres” (Considerando Décimo).

La fijación del quantum de las penas aplicables por los dos delitos que se consideró concurrían en la especie no sólo se hizo en infracción a los dos criterios señalados por el artículo 69, sino que además constituye una violación del *non bis in idem* y la prohibición de doble valoración.

En efecto, si se optó por la calificación jurídica como dos delitos distintos (infracción al artículo 13 de la Ley 17.798 y daños del artículo 487 del Código Penal), el hecho de haber usado elementos explosivos prohibidos ya está considerado en el primer tipo, que precisamente consiste en la tenencia de un artefacto explosivo, y su consideración una vez más como criterio objetivo que implicaría descartar la opción de la pena de multa, para además volver a considerar que el “plus de desvalor” obliga a aplicar el máximo dentro de la pena de reclusión menor en su grado mínimo, constituye una doble infracción a la prohibición ya mencionada.

PETICIÓN CONCRETA

Respecto al segundo motivo alegado dentro de la causal del artículo 373 letra b) (determinación de la pena), solicitamos en concreto a US. EXCMA. que se de aplicación correcta al artículo 69 del Código Penal y se corrijan los defectos de doble valoración del uso de artefacto explosivo, determinando así una pena 3 años y 1 día o la que US. estime de justicia aplicar en relación con lo resuelto respecto a la petición de recalificación.

III.- TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DEL RECURSO

De acuerdo al Código Procesal Penal, es la Excma. Corte Suprema el Tribunal competente para conocer la los recursos de nulidad que, como éste en su petición principal, invocan la causal del artículo 373 letra a), conjuntamente con las causales subsidiarias, tal como dispone el artículo 376 en su inciso final.

POR TANTO,

En mérito de lo expuesto y disposiciones legales citadas,

Solicitamos a US. tener por interpuesto recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el 7° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 12 de julio de 2013, mediante la cual se condenó a HANS FELIPE NIEMEYER SALINAS en su calidad de autor de los delitos de infracción al artículo 13 de la Ley 17.798 y del artículo 487 del Código Penal, a sufrir respectivamente las penas de 5 años de presidio menor en su grado máximo y 300 días de reclusión menor en su grado mínimo, más penas accesorias, en virtud de la causal del artículo 373 letra a), acogerlo a tramitación, concederlo para ante la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, elevar el presente recurso y los antecedentes pertinentes a fin de que dicho tribunal, conociendo del mismo y acogiendo la causal de nulidad invocada como principal, invalide el juicio oral y la sentencia definitiva recaída en él, y, se ordene la realización de un nuevo juicio oral, por tribunal no inhabilitado al efecto, determinando que el estado en que debe quedar el procedimiento, de acuerdo a las peticiones concretas del presente recurso, sea el de fijarse nuevo día y hora para la realización de la audiencia de juicio oral.

En subsidio, solicitamos que en virtud de las causales invocadas que se encuadran en el artículo 373 letra b) sea dictada sentencia de reemplazo al tenor de las peticiones concretas efectuadas en relación a dichos motivos.

PRIMER OTROSÍ: A US. SOLICITAMOS tener presente que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 359 del Código Procesal Penal, ofrezco prueba a fin de

acreditar las circunstancias que constituyen las causales de nulidad invocadas. A saber:

-CD con audio de Audiencia de Preparación de Juicio Oral (Pista "1101243950-6-1232-120924-00-08 PJO_DEBATE EXC TESTIGOS") y de Alegato de Apertura de Juicio Oral (Pista "1101243950-6-1250-130617-00-08-Alegato Apertura DEF.PRIV.").

SEGUNDO OTROSÍ: En virtud de lo dispuesto en el artículo 37º de la Ley 20.063 que modifica la Ley 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, venimos en interponer apelación subsidiaria en contra de la misma sentencia recurrida en lo principal, específicamente en cuanto en el Punto IV de su Parte Resolutiva se niega a nuestro representado la concesión de beneficios de esta Ley.

En primer lugar, cabe destacar que la sentencia apelada derechamente incumple las exigencias formuladas en el artículo 35 inciso segundo de la nueva versión de la Ley 18.216, que exige al tribunal, ante el evento de la negativa a conceder algún beneficio de dicha ley, a **“exponer los fundamentos de su decisión en la sentencia”**.

El incumplimiento de dicha obligación lo encontramos refrendado con lo dispuesto en el artículo 36 del CPP, en tanto obliga a los jueces penales a fundamentar sus decisiones exponiendo siempre, aunque sea sucintamente, los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones, con la única excepción de las resoluciones de mero trámite.

En efecto, la sentencia recurrida se limita a señalar que **“al no reunir los requisitos de la Ley N° 18.216, no se concede al ahora sentenciado Niemeyer Salinas, ninguno de los beneficios contemplados en dicha ley”**, de lo cual se puede claramente colegir que lo allí resuelto, carece de fundamento.

A este respecto entonces, resulta útil recordar lo que nos enseñara la Excma. Corte Suprema de Justicia, al señalar que "Hay ausencia de fundamento tanto cuando éste se encuentra ausente, como cuando la ausencia es parcial o son insuficientes los

expresados, al igual que en el evento de existir incoherencia interna, arbitrariedad y falta de razonabilidad" (SCS, 6751-2009).

En ningún punto de la resolución recurrida se señala por qué los requisitos de la ley 18.216 no se cumplen en la especie, a pesar de que claramente las penas concretas impuestas a nuestro defendido (5 años por infracción al artículo 13 de la Ley 17.798 y 300 días por los daños del artículo 487 del Código Penal) autorizan beneficios tales como la libertad vigilada intensiva en el primer caso, y prestación de servicios en beneficio de la comunidad en el segundo.

Tampoco se señala que la negativa se base en antecedentes tales como el Informe Presentencial efectuado por Gendarmería de Chile y al cual meramente se alude al resumir en el Considerando Décimo Cuarto que refiere el debate del artículo 343 del CPP.

Por lo demás, dicho Informe, al parecer el cual habría motivado la recurrida resolución y que fuera conocido en el momento mismo de dicho debate (audiencia del 343 del C.P.P.) y no antes, si bien no recomienda la concesión de beneficios, en primer lugar no es obligatorio para los decisores, y además adolece de una serie de contradicciones internas, imposible de fundar una decisión denegatoria, que a continuación se analiza pormenorizadamente, a saber;

El informe plantea como conclusión que el tratamiento en libertad sería **ineficaz**, dadas ciertas características **sociales y personales** del sujeto que evidenciarían una *"tendencia a la inadaptabilidad en general, que lo lleva hacia respuestas menos ajustadas al contexto normativo"*. Sin embargo al analizar los contenidos vertidos por el mismo informe se constata precisamente lo contrario en los siguientes argumentos:

-Tempranamente en el desarrollo del sujeto se muestran rasgos de personalidad y conductuales en el sujeto que lo muestran adaptable a la variaciones y normaciones del medio.

-Frente al cambio de situación familiar vivida durante su infancia, luego de que su madre rehiciera su vida junto a una nueva pareja, el informe señala que el sujeto “refiere mostrar rápida adaptación a este nuevo escenario, logrando estrechar vínculos con padrastro”.

-En materia educacional el inculcado muestra “su buen rendimiento, debido al reforzamiento y exigencia de su grupo familiar”. Al mismo tiempo señala que, sus propias capacidades de superación le permiten ingresar a la educación superior, la que a pesar de que en su primera carrera asociada a la Historia, fuese expulsado, persevera ingresando a otra Universidad y titulándose de sociólogo. Esto evidencia perseverancia en el sujeto, capacidad de adaptarse y resignificarse frente a la adversidad, y además se rescata a su familia como recurso de apoyo para avanzar en el desarrollo y consecución de las metas propuestas.

-Por otra parte, al hacer alusión a su participación en colectivos de izquierda, se señala que las actividades que en éste se realizan son de carácter de producción cultural “ en las actividades de este colectivo, se generaron acciones a través de la utilización de medios de comunicación como revistas, publicaciones, creación de diarios murales, programas de difusión, fiestas culturales, entre otras”.

-En cuanto a su participación en el ámbito laboral, se refiere su amplia trayectoria en trabajos de carácter *comunitario y social*, orientado muchas veces a temáticas como la prevención y tratamiento de drogas, destacando el carácter solidario y comprometido con las vulnerabilidades de carácter psicosocial.

-Así mismo, se destaca su participación en diversos municipios de la ciudad de Santiago, lo que evidencia su capacidad de adaptarse a sistemas regidos por regulaciones.

-Y finalmente se destaca su valor al trabajo como único medio legítimo de subsistencia.

-En el ámbito familiar, el sujeto mantiene una relación de estabilidad y funcionalidad, contando con un soporte emocional y afectivo.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, el sujeto contaría con las herramientas y habilidades sociales necesarias para responder a un sistema basado en normas, que podrían permitir su reintegración social al medio.

El informe parte destacando los aspectos defensivos del sujeto frente a la entrevista, transmitiéndole al lector la idea de un sujeto desconfiado, cuidadoso e incluso calculador respecto al contenido de su discurso, no obstante ello entra en contradicción con el detalle que éste entrega en la entrevista respecto a su historia familiar y social, de acuerdo a lo expuesto por el mismo informe.

Al mismo tiempo, avanzando en el informe se señala "... puede responder de forma refractaria ante personas o ambientes que no le generen confianza". De acuerdo a ello, y retomando el primer análisis del sujeto en que se enfatiza en la suspicacia del mismo, la productividad del relato mostrado entra en contradicción con la posibilidad de desplegar una posición refractaria frente a la desconfianza.

Se tiende a utilizar el concepto de estereotipia para calificar el comportamiento del sujeto, reiterando su uso en más de tres ocasiones, lo que resulta llamativo en la medida en que no se menciona en ninguna de estas oportunidades, qué se entiende por comportamiento estereotipado, y en qué momentos éste se expresa, resultando como efecto su contrario siendo más bien el experto quien utiliza este término de manera repetitiva y sin objetivo claro, como lo define su acepción.

Por otra parte, se enfatiza en el carácter egocéntrico y autorreferente del discurso del sujeto, no obstante ello se contrasta con su insistencia en participar de actividades sociales y laborales asociadas a características de solidaridad y altruismo, en sus permanentes trabajos comunitarios, en temas de drogas y públicos en municipalidades.

Adicionalmente, es dable hacer presente que durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral, fue el propio persecutor penal quien se encargó de incorporar profusa prueba que precisamente va en la dirección contraria a la "conclusión negativa" del

citado informe, habida consideración da haber dado cuenta de los sólidos vínculos sociales, profesionales y familiares de mi representados, que sugieren en definitiva, la conveniencia de otorgarle el requerido beneficio.

Así las cosas, tenemos que la sentencia recurrida adolece del fundamento necesario al referirse a la aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación de a libertad, razón por la cual procede que se acoja el presente recurso, en los términos de conceder el que en derecho corresponda.

Por su parte, teniendo en consideración que el quantum de la pena podría considerablemente variar una vez que V.S.E. se pronuncie respecto de la nulidad invocada, tenemos que nuestro representado, de sobra, podría aspirar a cumplir su condena a través de la modalidad de *remisión condicional de la pena o libertad vigilada*, por cuanto el marco legal lo autoriza, toda vez que de una correcta aplicación del derecho se concluye que la correcta sanción penal es la prevista en el artículo 9º de la Ley 17.798, esto es, la que va desde el rango de presidio menor en grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, esto es, de 541 días a diez años, razón por la cual teniendo presente que solo se ha tenido por establecida solo una circunstancia atenuante y ninguna agravante, el rango de pena a imponer a nuestro representado necesariamente lo podría ser solo en el rango mínimo, esto es, el de presidio menor en su grado medio a máximo, vale decir, de 541 días a 5 años, todo lo cual, confirma la aspiración de esta defensa, en cuanto a que nuestro representado es apto para recibir los beneficios contenidos en la varias veces citada ley 18.216.

En subsidio y ante el improbable evento de no mutarse lo penado, en lo que dice relación con la mayor pena, esto es la de cinco años de presidio menor en su grado máximo, estimamos que malamente puede calificarse como ineficaz el otorgamiento del beneficio de la libertad vigilada intensiva, habida consideración que el único sustento de ello, lo sería el contenido del Informe Presentencial ya aludido, el cual por las razones latamente expuestas, carece de sustentabilidad, rigurosidad y seriedad capaz de sustentar su aserto, en cuanto a que sería ineficaz, el beneficio aludido.

A mayor abundamiento, es dable hacer presente que tanto los antecedentes incorporados por el propio persecutor penal durante el desarrollo del juicio, más los contenidos en el informe social que se acompañan a esta presentación, permite concluir que en vista a los efectos de la pena y la efectiva reinserción social de nuestro representado, **parece eficaz** conceder este ultimo.

En los mismos términos se refiere el informe elaborado por el perito social, don RAUL CORTEZ ROMERO, quien en la parte conclusiva de su informe que se acompaña esta presentación, señala que *“...En consideración a los antecedentes expuestos, se sugiere que frente al evento de condena, se beneficie al condenado don Hans Niemeyer Salinas con alguna de las modalidades contenidas en la Ley 18.216, toda vez que presenta antecedentes familiares carentes de connotaciones anómalas; con historial personal, asociado a comportamientos de significativa adaptabilidad social, sin adicciones, con hábito laboral, buen arraigo y apego familiar y sin visos de conducta agresiva al interior de su hogar; el medio social y familiar investigado le adjudica al enjuiciado cualidades personales de honradez y moderación, sin precedentes de actos violentos dentro de aquellos ámbitos. Considerando, además que cuenta con domicilio estable, que no posee antecedentes delictuales anteriores a los hechos por lo que se le pudiese condenar, mas bien, ha respondido en forma positiva a personas que comparten su entorno social, por lo tanto mantiene irreprochable conducta anterior, lo cual se visualiza como un factor protector, el profesional que suscribe recomienda se beneficie al enjuiciado con alguna de las modalidades de la Ley 18.216.”*

En consecuencia y de conformidad a lo latamente expuesto, tenemos que la sentencia recurrida adolece de un vicio que solo puede ser enmendado por la vía de la apelación, habida consideración de proceder la concesión de los beneficios indicados, ya por la circunstancia de la recalificación del delito, ya por la circunstancia de resultar eficaz todo ello, siempre y cuando no perdamos jamás de vista lo dispuesto en el artículo 5 del C.P.P., que la parte pertinente se refiere a la legalidad de las medidas privativas y restrictivas de la libertad de las personas.

TERCER OTROSÍ: A efectos de resolver adecuadamente la apelación planteada en el otrosí anterior, se acompaña Informe social sobre Hans Niemeyer Salinas suscrito por el perito Raúl Cortez Romero.