

8. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

FACULTAD DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA UTILIZAR TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

EXISTENCIA DE AMENAZAS PARA LA ENTREGA DE INFORMACIÓN RESPECTO A ESPECIES A TRANSPORTAR CON LA FINALIDAD DE SU SUSTRACCIÓN POR PARTE DE TERCEROS. AUTORIZACIÓN DE LA FIGURA DE “INFORMANTE”. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES PARA LA UTILIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN. DE LOS HECHOS DEL PROCESO NO SE APRECIA QUE LA PARTICIPACIÓN DEL TESTIGO RESERVADO, EN SU CALIDAD DE INFORMANTE, HUBIESE MOTIVADO LA PARTICIPACIÓN DE LOS ACUSADOS CON UN FIN DETERMINADO

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por los delitos de hurto simple y usurpación de nombre. Defensas de condenados recurren de nulidad. La Corte Suprema rechaza los recursos deducidos.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

ROL: *21152-2019, de 27 de septiembre de 2019*

PARTES: *Ministerio Público con Christian Pineda Mendoza y otros*

MINISTROS: *Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Manuel Antonio Valderrama R., Sr. Jorge Dahm O. y Abogada Integrante Sra. María Cristina Gajardo H.*

DOCTRINA

El artículo 226 bis del Código Procesal Penal, que regula las técnicas especiales de investigación, establece en su inciso 2° que –cumpliéndose las condiciones de su inciso 1°–, tratándose de los crímenes contemplados en los artículos 433, 434, inciso primero del 436 y 440 del Código Penal, el Ministerio Público podrá utilizar las técnicas especiales de investigación consistentes en entregas vigiladas y controladas, el uso de agentes encubiertos e informantes en la forma regulada por los artículos 23 y 25 de la Ley N° 20.000, siempre que fuere necesario para lograr el esclarecimiento de los hechos, establecer la identidad y la participación de personas determinadas en estos, conocer sus planes, prevenirlos o comprobarlos. En ese entendido es que, verificándose las

amenazas al testigo protegido, en el sentido de entregar la información para la manifestación de especies que debiese transportar con la finalidad de su sustracción por parte de terceros, entre los que se encontraba el acusado, es que produce la denuncia por parte del transportista y la autorización de la figura de “informante”. Huelga señalar que el calificativo de “encubierto” no resulta del todo acertado, dado que las funciones que desplegaría el referido testigo protegido iban a ser aquellas inherentes a su vínculo laboral, a la que solo se agregaría el suministro de información, calificativo que carece de relevancia, ya sea en los hechos asentados por los sentenciadores del grado, como en su calificación jurídica (considerando 4° de la sentencia de la Corte Suprema). El sistema procesal penal transita en varias fases o etapas procesales, desde el inicio de una investigación hasta la dictación de la sentencia y, en dicho tránsito, los estándares exigidos por el legislador para cada una de las referidas etapas van incrementándose en rigurosidad. En este entendido, para el empleo de las técnicas especiales de investigación a que hace referencia el artículo 226 bis del Código Procesal Penal, de los antecedentes con los que contaba el ente persecutor a ese momento, fluye que se daban todos los requisitos establecidos por el legislador, por cuanto se estaba iniciando una investigación por un delito de amenazas que se relacionaban, necesariamente, con uno de los ilícitos que menciona la norma en su inciso segundo, lo cual resulta plenamente coherente con los tipos penales materia de la acusación (considerando 6° de la sentencia de la Corte Suprema).

Respecto al cuestionamiento sobre una supuesta participación del testigo reservado como un “agente provocador”, cabe concluir que dicha afirmación no se condice con los hechos que los sentenciadores tuvieron por establecidos. Primero, dado que no puede confundirse la figura de “informante” con la de “agente encubierto”, dados los estatutos aplicables y las diferencias conceptuales que la propia Ley N° 20.000 atribuye a las referidas técnicas –que por reenvío normativo son aplicables al artículo 226 bis del Código Procesal Penal–. En segundo lugar, debido a que en los hechos asentados no se advierte que la participación del testigo reservado, en su calidad de informante, hubiese motivado la participación de los acusados con un fin determinado, máxime si en un primer momento fue amenazado y coaccionado para la manifestación de las especies que debía transportar, de forma tal que no logra advertirse que haya sido capaz de lograr aunar la voluntad de los acusados con un propósito delictual (considerando 7° de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CL/JUR/5290/2019

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículo 226 bis del Código Procesal Penal.*

LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 226 BIS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y SUS DESAFÍOS

NICOLÁS NAVARRETE FASCHING
Universidad de Chile

Mediante resolución de fecha 27 de septiembre de 2019, la Segunda Sala de la Corte Suprema rechazó íntegramente el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de cinco imputados condenados por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio. La sentencia del tribunal de San Antonio condenó a todos los acusados por el delito tentado de hurto y a uno de ellos, de iniciales M.A.G.L., además, por los delitos consumados de amenazas condicionales y usurpación de nombre.

La causal invocada en lo principal del recurso de nulidad deducido por los imputados es la infracción de garantías constitucionales en términos de lo dispuesto por el artículo 373 a) del Código Procesal Penal. Específicamente, la infracción de garantías constitucionales alegada está vinculada a la utilización ilegítima de técnicas especiales de investigación establecidas en el artículo 226 bis del Código Penal, en relación a los artículos 23 a 25 de la Ley N° 20.000.

Por otro lado, como causal subsidiaria, se objeta la calificación jurídica realizada por el tribunal de San Antonio, aduciendo la no configuración de la exigencia típica, en el delito de hurto, de la *ausencia de voluntad del dueño* para la apropiación del bien mueble. Lo anterior en términos de lo establecido en el artículo 373 b) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 432 del Código Penal.

En este comentario revisaré exclusivamente el razonamiento de la Segunda Sala de la Corte Suprema, en lo relativo a la legitimidad de la utilización de técnicas especiales de investigación, pues estimo que los argumentos vertidos¹ para rechazar la causal subsidiaria del recurso, que se centraron en descartar por cuestiones fácticas la voluntariedad de la víctima a la hora de entregar los bienes muebles, no son de mayor interés².

¹ Véase considerando octavo de la resolución de la E.C.S.

² Cabe precisar que pese a que el razonamiento de la Corte Suprema exhibe un escaso interés dogmático (por su énfasis en cuestiones de hecho), el problema que naturalmente se suscita en la relación entre agentes encubiertos o reveladores y voluntariedad o consentimiento de la víctima, resulta extremadamente relevante. En este sentido poseen mucho mayor interés los argumentos vertidos en la sentencia impugnada, que se refieren al problema analizándolo desde la teoría de la tentativa inidónea y su relación con las formas especiales de investigación. Véase sentencia TJOP San Antonio, de 17.07.19 en causa RIT 51-2019, considerando duodécimo.

I. LOS HECHOS

A diferencia de lo que usualmente ocurre en las investigaciones por delitos contra la propiedad, los hechos objeto de la resolución en comento presentan características que los hacen especialmente interesantes de analizar. En efecto, la investigación se inició por la denuncia realizada por un transportista, de iniciales H.J.A.A., quien afirmó a la policía que el imputado M.A.G.L. le había solicitado y luego exigido, por medio de amenazas de muerte, que le informara respecto de la existencia de cargamentos valiosos. La amenaza habría tenido por objeto, además, que H.J.A.A. permitiera la apropiación de los bienes muebles transportados “simulando” el acaecimiento de un robo con intimidación en la carretera.

Una vez recibida la denuncia por el Ministerio Público, los fiscales decidieron no limitarse a perseguir penalmente el delito consumado de amenaza que se había denunciado, sino que solicitaron autorización judicial para utilizar alguna de las técnicas especiales de investigación establecidas en el artículo 226 bis del Código Procesal Penal. Específicamente se solicitó al Juzgado de Garantía de San Antonio autorización para interceptar comunicaciones y utilizar un informante encubierto o revelador por la posible comisión del delito de robo con intimidación del artículo 436 inciso primero del Código Penal.

Con la autorización del Juzgado de Garantía y la aquiescencia de H.J.A.A., la Fiscalía de Análisis Criminal y Foco Investigativo³ y la Policía de Investigaciones de Chile desarrollaron una investigación que permitió detener a una serie de individuos que se disponían a apropiarse de un cargamento de neumáticos transportados por el denunciante.

El Ministerio acusó al imputado M.A.G.L. por los delitos de robo con intimidación y usurpación de identidad⁴ y a los demás por el delito de hurto simple. Sin embargo, tras el juicio, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio en su muy interesante sentencia⁵ descartó la configuración del delito de robo, condenando a M.A.G.L. únicamente por los delitos de hurto simple y amenazas condicionales.

³ Organismo creado por el artículo 37 bis de la Ley N° 20.861 que “Fortalece el Ministerio Público”, promulgada el 20.08.2015.

⁴ Imputación relacionada con la presentación de documentos de identidad de un tercero al momento de ser detenido.

⁵ Sentencia TJOP San Antonio, de 17.07.19 en causa RIT 51-2019. Además de los temas expuestos en este comentario, la sentencia resulta especialmente interesante por su análisis de la *tentativa inidónea* y de las características típicas del delito de hurto y sus formas imperfectas de realización.

II. LA UTILIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 226 BIS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

La defensa de los imputados condenados fundamentó la configuración de la causal de nulidad establecida en el artículo 373 a) del Código Procesal Penal, en el supuesto uso ilegítimo de las facultades establecidas en el artículo 226 bis del mismo cuerpo normativo. En efecto, se aduce que i) el informante se comportó como agente provocador lo cual no está permitido por la norma; ii) al momento en que se solicitó autorización judicial, no existía ningún antecedente que permitiera determinar la existencia de la pluralidad de individuos exigidos por la norma; y iii) que el delito que había sido objeto de denuncia y que finalmente fue objeto de la condena, no era de aquellos que permite la utilización de las técnicas especiales de investigación.

Respecto a la primera de las objeciones realizadas por la defensa, en orden a que el informante se habría comportado ilegalmente como agente provocador⁶, la resolución afirma en su considerando séptimo que *“no se advierte que la participación del testigo reservado, en su calidad de informante, hubiese motivado la participación de los acusados con un fin determinado, máxime si en un primer momento fue amenazado y coaccionado para la manifestación de las especies que debía transportar, de forma tal que no logra advertirse que haya sido capaz de lograr aunar la voluntad de los acusados con un propósito delictual”*. Además, no solo descarta el carácter *provocador* del agente, sino que además en su considerando cuarto⁷ la resolución afirma que H.J.A.A. se comportó únicamente como *informante* y no como *informante-encubierto*, carácter que le habían atribuido tanto el Ministerio Público como el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio.

Sin perjuicio de que resulta difícil coincidir con el raciocinio de la Corte Suprema, pues parece evidente que el informante desplegó conductas (manejó el camión en el día señalado, simuló en todo momento que permitiría la apropiación

⁶ Esta afirmación tiene como fundamento el hecho de que solo una vez que la aceptación por parte de H.J.A.A. de participar en el delito se produjo solo una vez que había denunciado los hechos y había sido investido de la calidad de informante. De acuerdo a la defensa, la aceptación en este contexto equivaldría a una provocación, pues ella determinó la comisión del delito en los otros imputados.

⁷ Afirma la E.C.S. que *“Huelga señalar que el calificativo de ‘encubierto’ no resulta del todo acertado, dado que las funciones que desplegaría el referido testigo protegido iban a ser aquellas inherentes a su vínculo laboral, a la que solo se agregaría el suministro de información, calificativo que carece de relevancia, ya sea en los hechos asentados por los sentenciadores del grado, como en su calificación jurídica”*.

ción de los bienes, etc.) distintas al mero aporte de información⁸, la dificultad de encuadrar la conducta de H.J.A.A. en alguna de las hipótesis del artículo 25 de la Ley N° 20.000, da cuenta de los claros déficits operativos y normativos que se producen por la remisión establecida por el artículo 226 bis del Código Procesal Penal. En efecto, de la mera lectura del referido artículo 25⁹, queda claro de que se trata de una regulación especialmente ideada para delitos de tráfico de drogas, inidónea para servir como norma general para este tipo de actividades de investigación¹⁰.

Los otros dos cuestionamientos realizados por la defensa a la sentencia impugnada son resueltos por la Corte Suprema en el considerando sexto de la resolución, haciendo uso de un argumento que se podría denominar “de estándar”. En efecto, el máximo tribunal del país explicita que “*el sistema procesal penal transita en varias fases o etapas procesales, desde el inicio de una investigación hasta la dictación de la sentencia y, en dicho tránsito, los estándares exigidos por el legislador para cada una de las referidas etapas van incrementándose en rigurosidad*”. De acuerdo con la resolución en comento, la legitimidad de las autorizaciones realizadas en términos de lo dispuesto por el artículo 226 bis del

⁸ La ley y la doctrina conciben a la figura del informante como un “*simple testigo privilegiado*”, así POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial*, (México D.F., 2009), p. 592.

⁹ El artículo 25 de la Ley N° 20.000 dispone: *El Ministerio Público podrá autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores y, a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de esos Servicios actúen en alguna de las dos calidades anteriores. Agente encubierto es el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación. El agente encubierto podrá tener una historia ficticia. La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación deberá otorgar los medios necesarios para la oportuna y debida materialización de ésta. Agente revelador es el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga. Informante es quien suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o que, sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa en los términos señalados en alguno de los incisos anteriores. El agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma”.*

¹⁰ Como ejemplo, el artículo 25 de la Ley N° 20.000, aplicable pro remisión del artículo 226 bis del Código Procesal Penal, caracteriza al agente revelador como aquel que “*que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga*”.

Código Procesal Penal, deben analizarse desde una perspectiva *ex ante*, con los antecedentes y circunstancias que obraban en poder del Ministerio Público y del Juez de Garantía al momento de solicitar y autorizar las técnicas especiales de investigación.

Lo anterior resulta acertado si se considera que la fase de investigación (momento en el cual se solicitan este tipo de técnicas especiales) tiene como característica inherente la incertidumbre de los resultados de, valga la redundancia, la investigación. Por lo cual el juicio, para determinar la legitimidad de las medidas especiales de investigación, debe estar fundado necesariamente en los antecedentes con los que se contaba en el momento de la solicitud, y ser apreciados bajo el estándar propio de ese contexto procesal.

En este sentido, aparece claramente establecido que en el momento en que se solicitaron las técnicas especiales de investigación, existían antecedentes suficientes (bajo un estándar propio de la fase de investigación) para afirmar la posible participación de múltiples (al menos dos) imputados. Sin embargo, el segundo cuestionamiento, vinculado con la calificación jurídica de los hechos objeto de la investigación desarrollada con técnicas especiales, presenta dificultades mucho mayores.

Lo anterior debido a que las dificultades dogmáticas para estimar que se configuraba un delito de robo con intimidación y que terminaron provocando la recalificación del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio (que condenó a todos los imputados por hurto simple y a M.A.G.L., además, por amenazas condicionales), eran plenamente conocidas al momento de solicitar la autorización judicial. En efecto, la dinámica de los hechos fue exactamente la esperada por el Ministerio Público al momento de solicitar la medida especial de investigación. En otros términos, al no tratarse de un problema de *hecho* concerniente al resultado de la investigación (que necesariamente es incierto), sino de un problema de calificación jurídica realizada por el Ministerio Público (y aceptada por el Juez de Garantía), podríamos estimar que se trata de un error previsible que beneficia al Ministerio Público (permitiéndole utilizar las técnicas especiales de investigación), y afecta directamente al imputado.

La Corte Suprema abordó este problema desde una óptica formal, afirmando en su considerando sexto que *“la recalificación efectuada por los sentenciadores del fondo se enmarcó dentro de sus facultades privativas, y no puede servir de base para impugnar la autorización judicial otorgada con los antecedentes que disponía el Ministerio Público en una etapa primigenia”*. Me parece, sin embargo, que esta afirmación debe ser matizada y que, en principio, sería posible objetar la legitimidad de la autorización otorgada por el Juez de Garantía, por ejemplo, en casos en que se evidencie la existencia de una calificación jurídica defendida

por el Ministerio Público con fines meramente estratégicos¹¹ y sin plausibilidad dogmática.

En este sentido y sin perjuicio de que resulta imposible realizar un análisis acabado de la calificación jurídica defendida por cada uno de los actores en este comentario, es importante considerar que el Ministerio Público efectivamente acusó por el delito de robo con intimidación, aduciendo que la amenaza realizada por M.A.G.L. a H.J.A.A, separada en el tiempo del posterior intento de apropiación, configuraba el elemento *intimidación* del artículo 436 del Código Penal. Por otro lado, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio descartó tal interpretación y siguiendo a la doctrina nacional¹², que exige que la intimidación (en cuanto amenaza) tenga un carácter *inmediato* para afirmar la tipicidad del delito de robo, calificó los hechos como constitutivos de los delitos de hurto simple y amenazas condicionales (sin vinculación temporal ni causal)¹³.

En conclusión, si bien el fallo de la Corte Suprema no aborda en profundidad los problemas dogmáticos y procesales que se producen por aplicación del artículo 226 bis del Código Procesal Penal, la resolución ofrece una mirada general de los desafíos que necesariamente traerá su implementación. Además, si se considera que se trata de una disposición de reciente¹⁴ introducción en nuestro ordenamiento jurídico, es esperable que progresivamente los tribunales superiores vayan delimitando los márgenes de utilización legítima de las llamadas técnicas especiales de investigación.

¹¹ En otros términos, me refiero a una calificación jurídica realizada con el solo fin de permitir la utilización de instrumentos procesales reservados para ciertos tipos penales.

¹² En este sentido, POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., p. 365; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho Penal: Parte Especial*, Tomo III, (Santiago, 1997), p. 335; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal: Parte Especial*, Tomo IV, (Santiago, 2008), pp. 198-199; apoyando la misma idea, MALDONADO FUENTES, Francisco, “Amenazas y coacciones en el Derecho Penal Chileno”, en *Política Criminal 13* (2015); y más bien haciendo referencia a la relación contextual entre amenazas y apropiación, OLIVER CALDERÓN, Guillermo, “Consideraciones sobre la violencia y la intimidación en el robo”, en Mañalich Raffo, Juan Pablo (Coord.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro Homenaje a los profesores del Departamento de ciencias penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Santiago de Chile, (Santiago, 2013), pp. 472 y ss.

¹³ Considerando duodécimo de la sentencia del TJOP San Antonio, de 17.07.19 en causa RIT 51-2019.

¹⁴ Introducida por la Ley N° 20.391, llamada “*Agenda corta anti delincuencia*”, del año 2016.

CORTE SUPREMA

Santiago, veintisiete de septiembre de dos mil diecinueve.

VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, en causa RUC 1.701.034.206-6 y RIT 51-2019, por sentencia de diecisiete de julio de dos mil diecinueve condenó a Christian David Pineda Mendoza, Alberto Leonardo Ulloa Lira, Sebastián Alonso Vásquez Aliste, Juan Andrés Pereira Miño, José Miguel Romero Rodríguez y, a Marcelo Ignacio Machuca Toro, a sendas penas, cada uno, de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo y multa de diez unidades tributarias mensuales, por su responsabilidad como autores de un delito de hurto simple, previsto y sancionado en el artículo 432, en relación con el artículo 446 inciso final, ambos del Código Penal, en grado de tentativa, cometido en dicha jurisdicción el 14 de noviembre de 2017.

Asimismo, se condenó a Manuel Armando Gallardo León a las penas de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, por su responsabilidad como autor de un delito consumado de usurpación de nombre, previsto y sancionado en el artículo 214 del Código Penal, cometido en esta jurisdicción el 14 de noviembre de 2017; trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, por su responsabilidad como autor de un delito consumado de amenazas condicionales, previsto y sancionado en el artículo 296 N° 2 del Código Penal, cometido en

dicha jurisdicción, en una fecha no determinada entre fines de octubre 2017 y el 14 de noviembre del mismo año; y, quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo y multa de diez unidades tributarias mensuales, por su responsabilidad como autor de un delito de hurto simple, previsto y sancionado en el artículo 432, en relación con el artículo 446 inciso final, ambos del Código Penal, en grado de tentativa, cometido el 14 de noviembre de 2017.

La sentencia absolvió a José Alfredo Lobos Leyton de la acusación fiscal que lo sindicó como autor de un presunto delito consumado de hurto simple, previsto y sancionado en el artículo 446 inciso final del Código Penal, supuestamente perpetrado el 14 de noviembre de 2017.

Respecto de Ulloa Lira, Romero Rodríguez, Machuca Toro y Gallardo León, se dispuso el cumplimiento efectivo de las penas impuestas, en tanto que a Pineda Mendoza, Pereira Miño y Vásquez Aliste, se les sustituyó la pena por la de remisión condicional.

Las defensas de los acusados Romero Rodríguez, Machuca Toro, Pereira Miño, Ulloa Lira y Vásquez Aliste dedujeron recursos de nulidad contra dicha sentencia, los que fueron admitidos a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el nueve de septiembre pasado, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, los recursos de nulidad se fundan de manera principal en

el motivo de invalidación contemplado en el artículo 373 letra a), del Código Procesal Penal, en relación con lo preceptuado en los artículos 5° inciso 2° y 19 número 3 de la Constitución Política del Estado, esto con relación a lo preceptuado en los artículos 8.2 letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y artículo 5° y del Código Procesal Penal, argumentando que se dio lugar a diligencias intrusivas, como técnicas especiales de investigación consistentes en interceptación de comunicaciones y en la utilización de un civil como informante encubierto, sustentándose en lo dispuesto en el artículo 226 bis del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 23 y 25 de la Ley N° 20.000, siendo posible evidenciar que el informante encubierto, en este caso particular, actuó más bien como un agente encubierto, pues debía introducirse en la organización, asociación o agrupación con propósitos delictivos, con el objeto de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación.

Se sostuvo que, de las declaraciones de los testigos, se estableció que, a la fecha y momento de la solicitud de autorización de interceptación telefónica y autorización de la técnica de agente encubierto, la investigación no cumplía con el número de personas que exige el artículo 226 bis del Código Procesal Penal, por cuanto un solo sujeto reunía la calidad de imputado, tanto al inicio de la investigación como en el momento que el Estado –por medio del Ministerio Público– demandó la

utilización de una técnica investigativa, por lo que desde la génesis esta investigación adolecería de ilicitud y ello contaminaría el resto de la prueba, incluida las escuchas interceptadas.

De la diligencia ya expuesta –del informante encubierto– derivó todo el material probatorio utilizado por el Ministerio Público en el juicio oral, razón que determina que toda la prueba obtenida mediante la diligencia del informante encubierto se torna ilícita. Expresan que el artículo 226 bis del Código Procesal Penal establece ciertas hipótesis para las técnicas investigativas que regula, debiendo tener presente que el hecho denunciado por la víctima y posterior informante correspondía a un delito de amenazas no condicionales, previsto y sancionado en el artículo 296 N° 2 del Código Procesal Penal y que luego el Ministerio Público solicitó al Juzgado de Garantía de San Antonio la interceptación telefónica y la incorporación del denunciante como informante encubierto, sustentando su solicitud en que existirían “sospechas basadas en hechos determinados” de la realización de un delito con pena de crimen y en el que participarían al menos dos personas.

Concluyen solicitando se acoja el recurso, se anule el juicio oral y la sentencia condenatoria y se excluya la totalidad de la prueba ofrecida por el Ministerio Público, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado al efecto.

De forma subsidiaria, los recursos invocan el motivo de nulidad contem-

plado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal. Al respecto señalan que el artículo 432 del Código Penal exige como un elemento del tipo que la apropiación de la cosa se realice sin la voluntad de su dueño. Es del caso que el informante encubierto y víctima se presentaba en este contexto como quien tenía la custodia de la mercancía de la que se pretendía la apropiación y en ese entendido, considerando la expresión “dueño” en un sentido amplio no solo comprende al dueño propiamente tal, sino también al mero tenedor, quien detenta dentro de su esfera de resguardo el objeto hurtado, ello por cuanto los delitos de apropiación material, con arreglo a lo previsto en el artículo 432 del Código Penal, exigen que la apropiación lo sea “sin la voluntad de su dueño”, pero en este caso, al actuar con el agente informante encubierto, consintió en que la apropiación se produjera, siendo un hecho que al haberse acreditado el conocimiento y estar consciente de una futura sustracción por parte del dueño del camión en el que realizaba el transporte de la mercadería que habría sido objeto de la sustracción furtiva, como también por parte del conductor del camión, quien por lo demás, al momento de la coordinación para la sustracción ostentaba la calidad de informante encubierto, devela que jamás se ignoró por parte de estos, la apropiación que se haría de las cosas transportadas. Por el contrario, el primero de los nombrados (el dueño) seguía de cerca al segundo (conductor), en conjunto con el dispositivo policial, desplegado

para las vigilancias, es decir consintió en cooperar disponiendo que las mercaderías fueran objeto de hurto. Hasta siguió de cerca el procedimiento, pues así lo indicó en su declaración, cuando dice que él “supo en todo momento lo que iba a pasar”.

En este caso no es posible considerar que haya un delito de hurto, ya que la esencia de este radica en el rompimiento de la custodia ajena y la constitución de una custodia nueva sobre la cosa, con ánimo de señor y dueño. Esto quiere decir que para que haya hurto de una cosa debe obrarse sin la voluntad de quien se encuentra custodiándola. Si el custodio consiente en que el tercero se lleve la cosa, mal podría decirse que este último rompe la custodia anterior; en realidad, es el propio mero tenedor quien pone fin a dicha custodia.

Por lo expuesto, es que, al no concurrir todos los elementos necesarios para encontrarnos frente al tipo penal de hurto, es que los sentenciadores habrían incurrido en una errónea aplicación del derecho, sancionando a sus representados por un hecho atípico, por no concurrir los requisitos del delito de hurto simple.

Terminan solicitando se acoja el recurso por esta causal, invalidando la sentencia recurrida, procediendo a dictar, sin nueva audiencia pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, absolviendo a sus representados por ser un hecho atípico.

Segundo: Que en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación

del Ministerio Público, la sentencia impugnada en su fundamento undécimo estableció que, “A fines de octubre de 2017, Manuel Armando Gallardo León, en conocimiento de la mala situación económica del ofendido de iniciales H.J.A.A., lo contactó por medio de un sujeto identificado como Jorge Parra-guez para proponerle que participara en la sustracción de bienes muebles indeterminados que, eventualmente, le serían entregados a la víctima por su empleador para su transporte, atendida su calidad de conductor de camiones. H.J.A.A. no aceptó la propuesta formulada por Gallardo León, siendo amenazado y coaccionado telefónicamente por este para obligarlo a la entrega de la información solicitada.

H.J.A.A. informó de las amenazas a su empleador, quien denunció los hechos al Ministerio Público, solicitándose autorización al Juzgado de Garantía de San Antonio para el uso de la técnica especial de investigación de “informante encubierto”. Una vez autorizada la técnica, así como la interceptación de comunicaciones telefónicas de varios números telefónicos, H.J.A.A. —en calidad de informante encubierto— accedió a entregar la información solicitada por Gallardo León. En esas circunstancias, le informó que el 14 de noviembre de 2017, en horas de la mañana, cargaría en el Puerto de San Antonio neumáticos de la marca ‘Michelin’ evaluados en aproximadamente \$ 117.000.000.- los que transportaría en el camión marca Freighliner de color blanco, patente RW-1466, de propiedad de su emplea-

dor Transporte y Logística Giovanni SpA.

Al recibir esta información, Gallardo León reunió un grupo de personas y se procuró de los medios necesarios para sustraer y apropiarse, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su propietario, de la carga en la ciudad de Santiago.

El día 14 de noviembre de 2017, cerca del mediodía, H.J.A.A. salió en ruta hacia Santiago desde el Puerto de San Antonio conduciendo el camión marca Freighliner, color blanco, placa patente única RW-1466, al que llevaba acoplado el semirremolque placa patente única GRCB-78, en el que transportaba el contenedor de propiedad de la empresa Hamburg Süd, en cuyo interior mantenía 14.323,47 kilos de neumáticos nuevos de caucho de la marca ‘Michelin’ evaluados en aproximadamente \$ 117.000.000 (ciento diecisiete millones de pesos).

Por medio de comunicaciones telefónicas realizadas el mismo día, H.J.A.A. recibió la instrucción de parte de Gallardo León, de dirigirse hasta la salida N° 16 de la autopista Vespucio Norte, comuna de Renca en la ciudad de Santiago, donde él lo estaría esperando, junto a Christian David Pineda Mendoza, Alberto Leonardo Ulloa Lira, Sebastián Alonso Vásquez Aliste, Juan Andrés Pereira Miño, José Miguel Romero Rodríguez y Marcelo Ignacio Machuca Toro, con todos los cuales se había concertado previamente, disponiendo de los vehículos y demás elementos necesarios para apropiarse de la carga. El 14 de noviembre de

2017, en horas de la tarde, H.J.A.A. llegó hasta la salida N° 16 de la Autopista Vespucio Norte conduciendo el camión antes referido, con la carga señalada anteriormente. En el lugar lo esperaban los imputados recién nombrados con el objeto de tomar y apoderarse del camión, su acoplado, contenedor y carga.

Al llegar al lugar, H.J.A.A. se detuvo en un descanso ubicado en la caleta del sector denominado 'Memorial de Las Sillas'. Una vez allí, Vásquez Aliste le hizo señas con sus manos para que se detuviera y se bajara del camión, lo que la víctima hizo. Luego, H.J.A.A. abordó el vehículo marca Mitsubishi, modelo Outlander, color blanco, placa patente única JXFH-20, conducido por Ulloa Lira, sentándose en la parte posterior del móvil. Por su parte, Vásquez Aliste desconectó el camión de su acoplado y subió al tracto camión y lo condujo. Luego, llegó al lugar el tracto camión marca Mercedes Benz, color blanco, placa patente única BDKV-35, de propiedad de Romero Rodríguez, a bordo del cual se movilizaban los imputados Pereira Miño, quien conducía el camión, Romero Rodríguez y Machuca Toro, quienes comenzaron a realizar las maniobras para enganchar el acoplado con su carga al camión Mercedes Benz en que se movilizaban, con la finalidad de llevársela, lo que no llevaron a cabo finalmente ante la sospecha de la presencia policial.

En las inmediaciones, se encontraban Pineda Mendoza y Gallardo León a bordo de la camioneta marca Ford, modelo F-150 Raptor, placa patente única

HBDC-27, presenciando estos hechos. En la misma secuencia temporal, Ulloa Lira condujo el vehículo Mitsubishi, modelo Outlander ya referido, unos metros más adelante del lugar donde se había subido la víctima, estacionándose junto a la camioneta marca Ford, modelo F-150 Raptor, en la que se encontraban Pineda Mendoza, quien conducía la camioneta, y Gallardo León, sentado en el asiento del copiloto. Luego, Ulloa Lira tomó los dos aparatos celulares que llevaba H.J.A.A. y se los entregó a los ocupantes de la camioneta Raptor. En estas circunstancias, todos los imputados fueron aprehendidos por funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile.

Al momento de su detención Gallardo León se identificó ante los funcionarios policiales como César Andrés Lorca Torres, entregando, además, la cédula de identidad número 13.551.207-7, que correspondía a ese nombre. Sin embargo, luego se verificó que su nombre verdadero era Manuel Armando Gallardo León”.

Estos hechos fueron calificados por el tribunal, en lo que interesa a los recursos de nulidad en estudio, como constitutivos del delito hurto simple, previsto y sancionado en el artículo 432, en relación con el artículo 446 inciso final, ambos del Código Penal, en grado de tentativa.

Ahora, en relación a los puntos abordados en los recursos, el fallo en el considerando decimosexto desestimó la teoría de las defensas, señalando expresamente que, “...El control judicial relativo a la ilicitud de prueba

por vulneración de garantías en sede de juicio oral es excepcional y se encuentra restringido a aquellos casos en que la infracción de garantías es palmaria, clara, notoria o evidente y ha sido debidamente demostrada, cuyo no es el caso. En efecto, se debe recordar que nuestro sistema procesal penal contempla un procedimiento recursivo para impugnar las decisiones del juez de garantía, tanto en la etapa de investigación como en la de preparación del juicio, de modo que, si las solicitudes de exclusión por ilicitud de prueba han superado el test del Tribunal de Garantía y, eventualmente, de la I. Corte de Apelaciones e, incluso, del Tribunal Constitucional en ciertos casos especiales, no corresponde que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal se transforme en una nueva instancia revisora de lo actuado por otros órganos jurisdiccionales con competencia penal, a menos –como se dijo– que la ilicitud de prueba por infracción de garantías sea patente, manifiesta, ostensible o evidente, y se desprenda de los antecedentes aportados en el juicio. No siendo aquella la hipótesis, la alegación no puede ver la luz. En cualquier caso, y solo a mayor abundamiento, el hecho objetivo acreditado en el pleito es que el juez de garantía autorizó el uso de la figura del informante encubierto (que es una mixtura entre el ‘informante’ y el ‘agente encubierto’ descritos en el artículo 25 de la Ley N° 20.000), fundado en lo prevenido en el artículo 226 bis del Código Procesal Penal. Dicho de otro modo, el juez de garantía resolvió con los antecedentes que tenía

en ese momento, 2 de noviembre de 2017, y no puede la defensa pretender exigir –en la etapa de investigación– un estándar de prueba propio del juicio oral. En efecto, sus cuestionamientos se basan en que el artículo 226 bis del Código Procesal Penal no contempla al injusto de ‘amenazas’ como uno de los tipos penales que permite el uso de la figura del informante encubierto, sino sólo los delitos que señala la norma, entre los que está el robo con violencia o intimidación. Sin embargo, es fácil advertir que la argumentación discurre sobre la base de una valoración *ex post*, esto es, posterior al otorgamiento de la técnica investigativa, pues es evidente que, tanto para el juez de garantía como para el Ministerio y la policía, los hechos encuadraban, a esa época, en la descripción contenida en los artículos 433, 436 inciso 1° y 439 del Código Penal...”.

Por su parte, el razonamiento duodécimo estableció que, “...En cuanto al delito de hurto, la proposición fáctica consistente en el intento de apropiación de cosa mueble ajena fue acreditada con los dichos de todos los testigos de cargo analizados supra, pero principalmente con la declaración del ofendido H.J.A.A., quien, en su calidad de conductor de camiones, tomó contacto a fines de octubre de 2017 con el acusado Gallardo León. Este último, luego de amenazarlo principalmente por vía telefónica, condicionó su voluntad en orden a proporcionarle información específica sobre la fecha precisa y determinada en que el ofendido transportaría una carga

pecuniariamente valiosa, así como el tipo de camión y sus características más relevantes, tales como su marca, modelo, color y placa patente, la naturaleza de la carga y su valor.

También se consideró para establecer estos elementos objetivos del tipo penal la versión aportada por Lorenzo Celsi Andreu, quien era el empleador de H.J.A.A., y todos los demás testimonios que reafirmaron las aludidas narraciones. A su turno, los certificados de inscripción y anotaciones vigentes permitieron acreditar el dominio, para efectos penales, de Lorenzo Celsi Andreu respecto del camión marca Freighliner, color blanco, placa patente única RW-1466, y del semirremolque placa patente única GRCB-78.

A lo anterior se suma la declaración de los policías que vieron cuando los sujetos intentaron acoplar la carga al tracto camión Mercedes Benz placa patente única BDKV-35, sin lograrlo al percatarse de la presencia policial.

En lo que atañe a la ajenidad de la carga, su naturaleza (neumáticos nuevos de la marca Michelin) y avalúo, se contó con los dichos de todos los deponentes, pero principalmente los de H.J.A.A. y Lorenzo Celsi Andreu, además de la documental (fundamentalmente la guía de despacho N° 1629764 de 14 de noviembre de 2017 de la Agencia de Aduanas Jorge Stein y Cía. Ltda.), fotografías, tres videos reproducidos en la audiencia y la evidencia material incorporada por el ente persecutor, todos los cuales contribuyeron a dar un respaldo a las declaraciones antes dichas y per-

mitieron apreciar la dinámica de los acontecimientos...”.

“...En rigor, lo que las defensas plantearon como alegación principal fue la existencia de un delito imposible por tentativa inidónea, al existir una errónea representación por parte de los agentes de que había una oportunidad para la acción, error que lleva a que la realización de dicha acción esté destinada a fallar.

Tradicionalmente en Chile, por ‘tentativa inidónea’ se ha entendido aquella que se identifica como no apta para la realización del tipo, es decir, que no representa peligro alguno para el bien jurídico protegido. Bajo dicha categoría caerían aquellas acciones destinadas a fallar a causa de una errónea representación de que se presenta una oportunidad para la acción. Caen, por lo tanto, bajo esta categoría todos aquellos casos de tipos de resultado intrínseco en los que, a pesar de la completa realización de la acción, el resultado no se verifica. Esto quiere decir que la tentativa acabada de hurto es conceptualmente posible, siendo siempre reconocible como una tentativa inidónea (Olave A., Alejandra. ‘El delito de hurto como tipo de delito de resultado’, en Política Criminal Volumen 13, N° 25, Santiago de Chile, 2018).

En la doctrina nacional, otra manera de describir el llamado delito imposible es asimilarlo a la tentativa absolutamente inidónea, esto es, aquella en que el agente realiza actos (cualquiera sea su intención) que jamás podrán llegar a constituir el resultado

de la acción penada por la ley. En estos casos, no hay realmente ‘ejecución de la conducta penada por la ley’ sino, antes bien, una acción inidónea. Distinto es el caso de la tentativa relativamente inidónea, en que con leves variaciones de circunstancia el intento puede ser apto para la consumación del delito, pero ello no se verifica por causas independientes de la voluntad del agente (como el disparo a la cama con la intención de matar o lesionar a la víctima, que casualmente en ese momento ha salido de la habitación y se encuentra en el baño)...”.

“...En el caso *sub judice*, se ha descartado la tentativa inidónea porque la conducta desplegada por los agentes se corresponde con el concepto dogmático de tentativa acabada en un delito de resultado intrínseco, en los cuales hay una conexión intrínseca entre acción y resultado...”.

“...Así las cosas, la circunstancia de que la policía y el Ministerio Público hayan podido monitorear con cierto detalle el curso de los acontecimientos, específicamente el día 14 de noviembre de 2017, no es obstáculo para la configuración del delito de hurto en grado de tentativa, pues de no entenderse así carecería de sentido la referencia del artículo 226 bis del Código Procesal Penal a los artículos 23 y 25 de la Ley N° 20.000. Este reenvío tiene por finalidad una remisión antes formal que material (aunque sin excluir esta última) y se explica porque tales preceptos regulan con cierta precisión diversas figuras y técnicas investigativas –en lo que aquí interesa el ‘informante’ y el

‘agente encubierto’–, pero claramente el propósito del legislador de la Ley N° 20.931 es diverso al que persiguió el legislador de la Ley N° 20.000. Esto es así, entre otras razones, porque se trata de delitos diferentes: los de la Ley N° 20.000 son básicamente figuras de emprendimiento (tráfico ilícito de drogas) mientras que los delitos contra la propiedad por medios materiales –robo o hurto– son delitos de resultado; y, en consecuencia, los bienes jurídicos protegidos son también distintos. Luego, la posibilidad de afectación del bien jurídico protegido en el caso de marras existió (antijuricidad formal y material), pues la vigilancia de la policía no es sinónimo de éxito investigativo, sino sólo de uso eficiente de una técnica investigativa. En efecto, las cosas perfectamente pudieron salir de otro modo, por ejemplo, si la víctima hubiese sido objeto de secuestro, o si los hechores no se hubieran percatado de la presencia policial, o hubiesen podido huir caso de no haber existido congestión vehicular en la ruta, o portado armas de fuego, etc. Lo anterior demuestra que sí hubo afectación del bien jurídico propiedad, al menos su puesta en peligro en mayor o menor grado, de modo que no puede decirse que el delito era imposible de cometer...”.

“...Por último, tampoco puede hablarse en el caso concreto de un ‘desistimiento’ de tentativa, fundada en que los hechos –al percatarse de la presencia policial habrían desistido de la sustracción del contenedor que ya habían desenganchado del camión conducido por H.J.A.A.–, pues de

acuerdo con la descripción contenida en el inciso final del artículo 8° del Código Penal, para que el desistimiento sea eficaz debe tener lugar ‘antes de principiar a ponerlos por obra (los delitos) y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias’. Como se aprecia, la regulación normativa asocia el desistimiento a los actos preparatorios –proposición y conspiración– sujetándola a estrictos requisitos que en el caso de autos no concurren, pues los hechos avanzaron desde los meros actos preparatorios a los actos ejecutivos, esto es, de ejecución de la conducta descrita en el tipo penal de hurto, en los términos del artículo 7° del Código Punitivo”.

Tercero: Que, en primer lugar, corresponde analizar el reproche efectuado de manera principal por las defensas de los acusados, en cuanto a la vulneración de las garantías que refieren –debido proceso, inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada– al haberse utilizado la técnica del informante encubierto.

Cuarto: Que el artículo 226 bis del Código Procesal Penal, que regula las técnicas especiales de investigación, establece en su inciso 2° que –cumpliéndose las condiciones de su inciso 1°–, tratándose de los crímenes contemplados en los artículos 433, 434, inciso primero del 436 y 440 del Código Penal, el Ministerio Público podrá utilizar las técnicas especiales de investigación consistentes en entregas vigiladas y controladas, el uso de agentes encubiertos e informantes

en la forma regulada por los artículos 23 y 25 de la Ley N° 20.000, siempre que fuere necesario para lograr el esclarecimiento de los hechos, establecer la identidad y la participación de personas determinadas en estos, conocer sus planes, prevenirlos o comprobarlos.

En ese entendido es que, verificándose las amenazas al testigo protegido, en el sentido de entregar la información para la manifestación de especies que debiese transportar con la finalidad de su sustracción por parte de terceros, entre los que se encontraba el acusado Gallardo León, es que produce la denuncia por parte del transportista y la autorización de la figura de “informante”. Huelga señalar que el calificativo de “encubierto” no resulta del todo acertado, dado que las funciones que desplegaría el referido testigo protegido iban a ser aquellas inherentes a su vínculo laboral, a la que solo se agregaría el suministro de información, calificativo que carece de relevancia, ya sea en los hechos asentados por los sentenciadores del grado, como en su calificación jurídica.

Quinto: Que, en cuanto a los reparos efectuados por las defensas, conviene dejar establecido que, conforme a la dinámica de los hechos asentados en el fallo en revisión, como en los descritos a propósito de los recursos de marras, la denuncia efectuada por el testigo reservado –que ofició como informante, con posterioridad– motivó no solo la autorización de aquella técnica especial de investigación, sino que también provocó la autorización de las interceptaciones telefónicas por

parte del señor juez de garantía, de manera tal que la supuesta vulneración de la garantía de la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada no obedece a la cuestionada autorización de informante, sino que ella proviene de una autorización judicial coetánea a aquella, de forma tal que no se advierte una vulneración de las referidas garantías con ocasión de dicha técnica investigativa.

Sexto: Que, dicho lo anterior, debe analizarse si la autorización de la figura del informante en el presente caso logró vulnerar la garantía al debido proceso en cuanto a la obtención de las evidencias incriminatorias, como propugnan los articulistas. En primer lugar, cabe señalar que el sistema procesal penal transita en varias fases o etapas procesales, desde el inicio de una investigación hasta la dictación de la sentencia y, en dicho tránsito, los estándares exigidos por el legislador para cada una de las referidas etapas van incrementándose en rigurosidad. En este entendido, para el empleo de las técnicas especiales de investigación a que hace referencia el artículo 226 bis del código adjetivo, de los antecedentes con los que contaba el ente persecutor a ese momento, fluye que se daban todos los requisitos establecidos por el legislador, por cuanto se estaba iniciando una investigación por un delito de amenazas que se relacionaban, necesariamente, con uno de los ilícitos que menciona la norma en su inciso segundo, lo cual resulta plenamente coherente con los tipos penales materia de la acusación. Cabe hacer presente,

que la recalificación efectuada por los sentenciadores del fondo se enmarcó dentro de sus facultades privativas, y no puede servir de base para impugnar la autorización judicial otorgada con los antecedentes que disponía el Ministerio Público en una etapa primigenia.

Lo anterior también resulta extensivo al cuestionamiento efectuado, en tanto solo se acusó y condenó a una de las personas que apareció en la descripción de la agrupación o asociación inicial –de dos o más personas– que sirvió de base para la autorización de la técnica en comento, por cuanto tales antecedentes no obligaban, de manera alguna al Ministerio Público para iniciar una persecución penal contra personas determinadas, sino que, –y tal como lo describe la norma en estudio– solo justificaban una técnica especial de investigación.

Séptimo: Que en cuanto al cuestionamiento sobre una supuesta participación del testigo reservado como un “agente provocador”, cabe concluir que dicha afirmación no se condice con los hechos que los sentenciadores tuvieron por establecidos. Primero, dado que no puede confundirse la figura de “informante” con la de “agente encubierto”, dados los estatutos aplicables y las diferencias conceptuales que la propia Ley N° 20.000 atribuye a las referidas técnicas –que por reenvío normativo son aplicables al artículo 226 bis del Código Procesal Penal–. En segundo lugar, debido a que en los hechos asentados no se advierte que la participación del testigo reservado, en su calidad de informante, hubiese mo-

tivado la participación de los acusados con un fin determinado, máxime si en un primer momento fue amenazado y coaccionado para la manifestación de las especies que debía transportar, de forma tal que no logra advertirse que haya sido capaz de lograr aunar la voluntad de los acusados con un propósito delictual.

En razón de lo expresado, y no advirtiéndose una vulneración de la garantía al debido proceso en estos antecedentes, es que los recursos de nulidad no podrán prosperar en este acápite.

Octavo: Que, en cuanto al motivo de nulidad opuesto de manera subsidiaria en los arbitrios recursivos, y que guarda relación con la supuesta voluntariedad de la víctima —el testigo reservado que ofició de informante— y que impediría configurar el tipo penal de hurto, cabe señalar que de los antecedentes expuestos en la sentencia que por esta vía se revisa, no es posible advertir que exista una voluntariedad por parte de la víctima para la ejecución del tipo penal, por cuanto de los hechos asentados en el fallo, puede advertirse que desde un primer momento su voluntad resultó del todo condicionada por las amenazas y la coacción desplegada por uno de los imputados y que fue la razón de efectuar la denuncia y la posterior obtención de la autorización para la mentada técnica especial, de manera tal que su voluntad no apareció ni libre ni espontánea para los efectos de superar el requisito exigido por el tipo penal “sin la voluntad de su dueño”, de manera tal que no logra configurarse

la aquiescencia en la perpetración del ilícito por parte de la víctima, toda vez que el grado de ejecución imperfecto del delito era tan solo una posibilidad de la cual no tenía certeza, por lo que el yerro reprochado por los articulistas no ha logrado configurarse, lo que lleva necesariamente el rechazo de los recursos de nulidad en este capítulo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 376 y 384 del Código Procesal Penal, se declara que se rechazan los recursos de nulidad deducidos por las defensas de los acusados Romero Rodríguez, Machuca Toro, Pereira Miño, Ulloa Lira y Vásquez Aliste, contra la sentencia de diecisiete de julio de dos mil diecinueve, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio y contra el juicio oral que le antecedió en la causa RUC N° 1.701.034.206-6 y RIT N° 51-2019, los que en consecuencia, no son nulos.

Se previene que el ministro señor Künsemüller concurre a la decisión, teniendo en cuenta, además de lo razonado precedentemente, las siguientes consideraciones:

En cuanto a la atipicidad de la conducta desplegada por los acusados Romero Rodríguez, Machuca Toro, Pereira Miño, Ulloa Lira y Vásquez Aliste, basada en la ausencia del elemento “sin la voluntad de su dueño”, exigido por el artículo 432 del Código Penal y apoyada en el hecho de que el testigo reservado accedió a entregar el camión que conducía y su carga, sabiendo lo que iba a ocurrir y aceptándolo, cabe precisar que, como es obvio, el consentimiento o anuencia

que puede neutralizar el ingrediente típico señalado es solo aquel válido, exento de vicios, libremente expresado, sin coacción sobre el dueño, poseedor o tenedor de la cosa mueble ajena.

Se halla establecido que el conductor –testigo reservado– fue amenazado por el imputado Manuel Armando Gallardo León y debido a esta presión sobre su voluntad aceptó efectuar las acciones requeridas por aquel sujeto –quien fue condenado precisamente por el delito de amenazas condicionales– y que provocaron la apropiación de las especies; en tal virtud, no cabe entender ausente el requisito típico de que se trata.

Como los sentenciados fueron reclutados por Gallardo León para intervenir en la comisión del ilícito planeado y obraron concertados con esa persona, cumpliendo diversos roles en la ejecución de los actos constitutivos del hurto, las máximas de la experien-

cia indican que esos co-autores tenían conocimiento de la forma en que el cabecilla de la banda había obtenido la aquiescencia del testigo reservado para permitir el apoderamiento del camión y la carga. Resulta totalmente contrario a ese elemento de la sana crítica pretender que de manera espontánea y por propia y autónoma iniciativa el chofer del camión iba a aparecer con el vehículo en un lugar pre-determinado, aceptado que terceros desconocidos hurtaran las cosas muebles que tenía bajo su custodia.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del ministro Sr. Dahm y, de la prevención, su autor.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., y la Abogada Integrante Sra. María Cristina Gajardo H.

Rol N° 21152-2019.