

## Recurso de nulidad

T. O. P. (2° de Santiago)

**DANIEL CELIS SILVA**, abogado, por el condenado don **RAFAEL GARAY PITA**, en los autos seguidos en su contra, **RUC: 1600890902-8, RIT: 325-2018**, a US. Respetuosamente expongo:

Que estando dentro de plazo legal y cumpliendo los requisitos establecidos en los artículos 372 y siguientes de Código Procesal Penal, vengo en interponer recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada con fecha 18 de octubre del 2018 en el juicio oral seguido en contra de mi defendido, sentencia que en su parte resolutive establece las siguientes condenas respecto a mi representado:

*“ I.- Que se condena a RAFAEL EDUARDO GARAY PITA, ya individualizado, a la pena de SIETE AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO y multa de 21 UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES, más las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su responsabilidad como autor de los delitos reiterados de ESTAFA, en grado CONSUMADO, figura descrita y sancionada en el artículo 468, en relación con lo dispuesto en el artículo 467 inciso final del Código Penal, tomando en cuenta el valor de la Unidad Tributaria Mensual a la época de comisión de los hechos materia de este juicio, todos cometidos en esta ciudad, entre los meses de agosto de 2011 y junio de 2016, en perjuicio de las 29 víctimas antes individualizadas.*

*II.- Que no cumpliendo el sentenciado con los requisitos legales, en razón del quantum punitivo, no se le concede pena sustitutiva para el cumplimiento de la pena corporal impuesta, la que deberá cumplir de forma efectiva, una vez que se encuentre firme y ejecutoriada la presente sentencia, debiendo serle reconocido el tiempo que ha permanecido privado de libertad con ocasión de esta causa, desde el día 16 de marzo a 11 de diciembre de 2017 en forma ininterrumpida, luego sometido a arresto domiciliario total entre los días 12 de diciembre y 20 de diciembre de 2017 y finalmente desde el día 21 de diciembre de 2017 hasta la fecha, sumando un total de 582 días, conforme se establece en el Certificado emitido al efecto por el Jefe de la Unidad de Administración de Causas de este Tribunal.*

*III.- Que la pena de multa impuesta deberá ser pagada a contar del mes subsiguiente en que quede ejecutoriado el presente fallo, debiendo dar cuenta del pago de ésta con la entrega del comprobante respectivo al Tribunal de Garantía que corresponda. Si el sentenciado no pagare la multa a que ha sido condenado, sufrirá por vía de sustitución la pena de reclusión, regulándose un día por cada tercio de una Unidad Tributaria Mensual, sin que pueda exceder de seis meses.*

*IV.- Que se acoge parcialmente la demanda civil interpuesta por el demandante Víctor Mellado Cruces, sólo en cuanto se condena al demandado Rafael Garay Pita al pago de las siguientes sumas:*

*a) \$14.650.600.- (catorce millones seiscientos cincuenta mil seiscientos pesos) por concepto de daño emergente.*

*b) \$2.197.590.- (dos millones ciento noventa y siete mil quinientos noventa pesos) por concepto de daño moral.*

*Ambos montos deberán reajustarse de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor entre la fecha en que el presente fallo quede ejecutoriado y aquella del pago*

*efectivo, devengando intereses corrientes para operaciones no reajustables, en caso de mora.*

*V.- Que se acoge parcialmente la demanda civil interpuesta por el abogado Rodrigo Bravo Vallejos, en representación de 14 demandantes, sólo en cuanto se condena al demandado Rafael Garay Pita al pago de las siguientes sumas, de acuerdo a cada actor:*

*a) Francisco Quiroz Delzo: \$34.513.964.- (treinta y cuatro millones quinientos trece mil novecientos sesenta y cuatro pesos) por concepto de daño emergente.*

*b) Amador Salinas Guzmán: \$78.618.741.- (setenta y ocho millones seiscientos dieciocho mil setecientos cuarenta y un pesos) por concepto de daño emergente.*

*c) Ignacio Labraña Arrué: \$17.000.000.- (diecisiete millones de pesos) por concepto de daño emergente.*

*d) Marcela Labraña Arrué: \$10.000.000.- (diez millones de pesos) por concepto de daño emergente.*

*e) Paula Avendaño Burgos: \$57.950.201.- (cincuenta y siete millones novecientos cincuenta mil doscientos un pesos) a título de daño emergente.*

*f) Alejandro Soto Canales: \$10.000.000.- (diez millones de pesos) por concepto de daño emergente.*

*g) Rubén Barril Troncoso: \$25.000.000.- (veinticinco millones de pesos) a título de daño emergente.*

*h) Sergio Álvarez Montoya: \$25.859.300.- (veinticinco millones ochocientos cincuenta y nueve mil trescientos pesos) por concepto de daño emergente.*

*i) Andrés Loyola Barberis: \$54.852.000.- (cincuenta y cuatro millones ochocientos cincuenta y dos mil pesos) a título de daño emergente.*

*j) Mauricio Orleans Cuadra: \$133.752.500.- (ciento treinta y tres millones setecientos cincuenta y dos mil quinientos pesos) por concepto de daño emergente.*

k) *Livio Martínez Carrera: \$137.600.000.- (ciento treinta y siete millones seiscientos mil pesos) a título de daño emergente.*

l) *Sergio Urbina Squella: \$14.000.000.- (catorce millones de pesos) por concepto de daño emergente.*

m) *Héctor Anabalón Montoya: \$20.000.000.- (veinte millones de pesos) a título de daño emergente.*

n) *John Pomeroy Fuente-Alba: \$32.000.000.- (treinta y dos millones de pesos) por concepto de daño emergente.*

*Todos los montos ya descritos deberán reajustarse de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor entre la fecha en que el presente fallo quede ejecutoriado y aquella del pago efectivo, devengando intereses corrientes para operaciones no reajustables, en caso de mora.*

*VI.- Que se acoge parcialmente la demanda civil interpuesta por el la Sociedad de Inversiones Silva y Berríos Limitada, sólo en cuanto se condena al demandado Rafael Garay Pita al pago de la suma de \$20.000.000.- (veinte millones de pesos) a título de daño emergente, cantidad que deberá ser reajustada de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor entre la fecha en que el presente fallo quede ejecutoriado y aquella del pago efectivo, devengando intereses corrientes para operaciones no reajustables, en caso de mora.*

*VII.- Que se acoge parcialmente la demanda civil interpuesta por Robinson Barril Clavería y Susana Troncoso Mariangel, sólo en cuanto se condena al demandado Rafael Garay Pita al pago de la suma de \$129.960.000.- (ciento veintinueve millones novecientos sesenta mil pesos) en beneficio de Robinson Barril Clavería y a la suma de \$80.000.000 (ochenta millones de pesos) en favor de Susana Troncoso Mariangel, ambos montos a título de daño emergente, cantidades que deberán ser reajustadas de acuerdo a la*

*variación del Índice de Precios al Consumidor entre la fecha en que el presente fallo quede ejecutoriado y aquella del pago efectivo, devengando intereses corrientes para operaciones no reajustables, en caso de mora.*

*VIII.- Que se rechazan todas las demandas civiles intentadas, sólo en cuanto a la solicitud de lucro cesante.*

*IX.- Que en razón de no haber resultado totalmente vencido en la parte penal ni en el litigio civil, se declara que se exime de las costas de la causa al acusado y demandado.*

*Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase al Ministerio Público la prueba documental y los otros medios de prueba incorporados. Asimismo, devuélvase en la misma oportunidad las cantidades de dinero que el acusado ha depositado en la cuenta corriente del Tribunal.*

*Cúmplase en su oportunidad con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.*

### **Causal del recurso**

Esta parte interpone el recurso por la causal contenida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

- 1- la contemplada en el art. 373 letra b) *Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.*

## **1. Hechos que originan la causal:**

El día 18 de octubre del 2018, se dictó sentencia condenatoria, en contra de mi representado don Rafael Eduardo Garay Pita, por el delito reiterado de estafa contemplado en el art. 468, en relación al 467 inc. Final del código penal.

Todo ello posterior a un largo proceso, el cual ha sido mediatizado por los medios de comunicación social, debido a que mi representado tenía una activa participación en ellos.

La condena impuesta a mi representado es de 7 años de presidio mayor en su grado mínimo, mas multa de 21 U.T.M.

El juicio oral se llevó a cabo entre los días 7 de septiembre y 8 de octubre del presente año, ante los jueces del 2º T.O.P. de Santiago.

El ministerio público acusa a mi representado por el delito de estafa reiterada, en perjuicio de 29 víctimas, cuyo perjuicio asciende a la suma de 1.354 millones de pesos, y se le solicita una pena de 6 años de presidio mayor en su grado mínimo.

Por su parte los querellantes se adhieren a la acusación fiscal, sin modificar los hechos ni la pena solicitada, con excepción de 2 de estos que esgrimen la agravante contemplada en el art. 12 N° 7 del Código Penal, esto es cometer el delito con abuso de confianza, y debido a esta particularidad, solicitan una pena de 8 años de presidio mayor en su grado mínimo.

Durante el transcurso de la audiencia de juicio esta defensa solicita que a mi representado se le acojan las atenuantes contempladas en los artículos 11 N° 7 y 9 del código penal, así mismo se rechace la agravante pretendida por los

querellantes y se le dé un tratamiento de continuado al delito cometido por el acusado.

Además, el acusado presta declaración en estrados y reconoce su participación culpable en los hechos atribuidos por el Ministerio público, estableciendo y detallando su forma de realizar el delito, sumado a su objetivo y su actuar doloso encaminado a la configuración del tipo penal imputado.

Así lo reconoce el tribunal y acoge la atenuante contemplada en el art. 11 N° 9 del C.P. colaborar sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, y en el considerando decimonoveno señala lo siguiente:

*“Que, por otro lado, en relación a la morigerante invocada por la defensa, consistente en la **colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos**, el Tribunal también le prestará acogida. Para su configuración, se ha tenido especialmente en consideración una serie de factores que se expondrán a continuación.*

*En primer término, el acusado decidió dar a conocer su versión de los hechos mediante una extensa declaración judicial, en la que se preocupó de narrar con sumo detalle la forma en que comenzó a captar clientes, la manera en que otros se le acercaban a efectuarle consultas, lo que era aprovechado para atraerlos a su falso negocio y las modalidades a través de las cuales iba generando la confianza necesaria con todos para que finalmente decidieran contratar sus servicios de asesoría, dando cuenta precisa de las mentiras que les manifestaba sobre la regulación legal de su sociedad, acerca de su prestigio personal, sobre la figuración pública de falsos clientes y finalmente en cuanto a las ventajas comparativas que su producto tenía sobre las inversiones convencionales. Mereció especial atención del Tribunal que el acusado, luego de otorgar una extensa cronología de los años en que se dedicó a aparentar un negocio ante el público, hiciera mención concreta respecto*

*del vínculo comercial y personal que mantuvo con casi la totalidad de las víctimas a quienes defraudó, señalando la forma en que las conoció, los montos aproximados de inversión que éstas realizaron y también aquellas sumas que no les devolvió. Relevante por lo coincidente con el mérito de la prueba de cargo, resultó también toda su narración en lo tocante a lo vivenciado en los últimos meses de su gestión, antes de huir del país, en que admitió sin ambages haber inventado sufrir una enfermedad mortal como causal para cerrar la sociedad y luego haber engañado a sus clientes con un tratamiento médico fuera de Chile para ganar tiempo y finalmente perjudicarlos con el no pago de los recursos que le habían entregado, a través de su final huida del país, todo lo cual se ha mostrado sumamente concordante y en otras ocasiones, complementario de lo aportado por las víctimas y testigos que declararon en el juicio.*

*En segundo término, no puede ser pasado por alto otro aspecto importante para decidir acoger la minorante de colaboración sustancial, consistente en el contenido y mérito de las convenciones probatorias acordadas por los intervinientes. Sobre este punto, resulta incontrovertido sostener, como lo sostuvieron algunos persecutores, que la institución de la convención probatoria, descrita en el artículo 275 del Código Procesal Penal, es un mecanismo de carácter procesal utilizado por los intervinientes, destinado a ahorrar la acreditación de ciertos hechos en el juicio oral respecto de los cuales no parece relevante discutir, independientemente del destino que tenga la causa en sede de juicio oral, por lo que en esencia no se vincula a una colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos per se, esto es, como una consecuencia obvia y natural de su sola suscripción en la audiencia de preparación de juicio oral. Sin embargo, la anterior reflexión no obsta a que pueda analizarse el contenido exacto de las convenciones probatorias que han llegado en el caso concreto a conocimiento del Tribunal Oral y sopesar si su sentido y alcance ha contribuido de manera sustantiva a aclarar la establecimiento fáctico que finalmente se*



*acreditó. Y en el presente caso que ha sido traído a juicio, no es posible omitir que gran parte de los 19 acuerdos probatorios contienen expresas admisiones del acusado sobre la creación por su parte de una sociedad de inversiones que ofrecía sus servicios al público general; del tipo de información que hacía llegar a víctimas para lograr que aceptaran contratar sus servicios; acerca de no haber efectuado ninguna inversión real en el marco legal de tal sociedad; en cuanto a la cantidad precisa de personas que firmaron convenios con dicha sociedad y entregaron determinadas sumas de dinero, con montos exactos del perjuicio que sufrieron; y con las maniobras que realizó en la parte final de su estrategia defraudatoria, todos elementos que, como es evidente apreciar, forman parte de la estructura típica de los delitos que se le han imputado en las acusaciones, de modo que el contenido de estas convenciones se ha transformado en facilitador, no ya de hechos irrelevantes sobre los cuales los intervinientes no quieren realizar gestiones de acreditación por simples razones de economía procesal, sino sobre los hechos que han fundado gran parte del sustrato fáctico de la acusación, actuación que merece también ser reconocida a través de la aceptación de la circunstancia minorante ya referida.*

*Por último, merece ser incluido como un fundamento de acogida de esta atenuante, el hecho indesmentible que, en el contexto de la declaración judicial del abogado Ángel Valencia, quien había representado en negocios legales anteriores al acusado, teniendo la opción cierta de guardar silencio sobre circunstancias que se relacionaran a la obligación de secreto profesional entre abogado y cliente, haya sido liberado expresamente por Garay Pita de tal deber, conociendo que su declaración podía contribuir a aclarar sucesos de la acusación, acción que también aparece como una justa razón para otorgar acogida a la atenuante descrita en el artículo 11 N° 9 del Código Penal.”*

Tal como lo adelante en un párrafo anterior, se solicitó por 2 de las querellantes la agravante de abuso de confianza, contemplada en el art. 12 N° 7 del código penal, que el tribunal rechaza de la siguiente forma, en el mismo considerando décimo noveno:

*“Que primeramente, en cuanto a la circunstancia agravante prevista en el artículo 12 N° 7 del Código Penal, esto es, la de cometer el delito con abuso de confianza, como se adelantó en la audiencia de deliberación, este Tribunal no la considerará en ninguno de los casos, puesto que del mérito de la prueba rendida durante el transcurso de la audiencia, se concluye que no concurren los requisitos legales para su procedencia. En efecto, las maniobras previas a través de las cuales el acusado se vinculaba con las víctimas, su nombre y reputación previa, como asimismo los elementos de contexto que éste presentaba para conferir una apariencia de realidad y seriedad de su negocio, forman parte de un elemento esencial de los delitos acreditados. Dicho de otro modo, la producción de intrigas destinadas a provocar el engaño en los afectados generó necesariamente la confianza suficiente para incurrir en una disposición patrimonial, artificio que en este caso fue elucubrado respecto de cada víctima teniendo en cuenta sus particulares situaciones y legítimas ambiciones, de manera tal que los métodos empleados por el acusado para obtener la confianza de las víctimas resultan propios e inherentes al tipo penal establecido, no pudiendo entonces ser sancionada tal circunstancia a través de una agravante como la invocada sin conculcar lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal, conclusión similar a la que arriba el profesor Yubero Cánepa, al señalar sobre este punto: “Otra circunstancia que parece ser de tal manera inherente al delito que sin la concurrencia de ella no pueda someterse es la de abuso de confianza. Como ya se ha manifestado, el agente crea, mediante engaño, la confianza necesaria para que la víctima ponga a su disposición las cosas materia*

*del delito. Conviene aclarar que el abuso de confianza no sólo es inherente a aquellas figuras en que el legislador lo expresa sino que a todas las figuras que están comprendidas en el concepto de estafa” (Julio Yubero Cánepa, El Engaño en el delito de Estafa, 2º Edición, Páginas 73 y 74), tesis que encuentra sustento doctrinario en la dogmática alemana: “La estafa supone abuso de confianza. La conducta engañosa del agente tiende a crear la confianza necesaria para que la víctima efectúe el acto de disposición que materializará el perjuicio de ésta y el lucro del primero” (Eduard Kohlrausch – Richard Lange, Código Penal Léido y Comentado, Ed. 39 y 40, Vol. 1, Pagina 263). Resulta necesario precisar en este punto que los casos de Maricela Rozas, Iván Núñez y Marlene de la Fuente fueron, tal vez, aquellos en que pudieron advertirse elementos más cercanos a la agravante estudiada, precisamente debido a que entre tales afectados y el encausado existían vínculos previos de confianza, no obstante lo cual de igual forma operaron sobre aquellos distintas maniobras de engaño que, en estos casos, fueron facilitadas por la confianza previa construida, factor que como se ya se indicó, forma parte integrante del tipo penal como elemento propio y natural del engaño. Lo concluido precedentemente se asienta sin perjuicio de advertirse por estos sentenciadores que las especiales y personalizadas formas en que el acusado fue ganando la confianza de los afectados y renovándola a través de distintas argucias destinadas a que la mantuvieran e, incluso, la incrementaran mediante mayores disposiciones pecuniarias, constituyen desvalores conductuales que resultarán decisivos al momento de abocarse a la determinación exacta del quantum punitivo”*

Algo que también había anticipado en este relato es que se le acogió al condenado, la atenuante del art. 11 N° 6 del C.P. que concisamente señala en el mismo considerando:

*“Que, en lo referido a las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal invocadas, y teniendo presente la falta de controversia de la solicitud de la defensa y el reconocimiento que se hizo en las acusaciones, el Tribunal estima que beneficia al acusado Rafael Garay Pita la minorante descrita en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior, puesto que a la fecha de comisión de los ilícitos en estudio, éste no contaba con registro de condenas en su extracto de filiación y antecedentes.”*

Pero a contrario de lo anterior, el tribunal rechaza la atenuante pretendida por esta defensa contemplada en el art. 11 N° 7 del C.P. que es procurar reparar con celo el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias y para un mejor orden señalaré en primer lugar cuales fueron las argumentaciones planteadas por la defensa para la solicitud, recogidas del considerando décimo octavo:

*“Solicita asimismo el artículo 11 N° 7 del Código Penal, el profesor Hernández dice que no se exige una reparación efectiva, basta con procurar hacerlo, siempre que se proceda con celo, es decir, con preocupación, sacrificio, desplegando el autor sus mayores posibilidades para obtener la reparación en términos de importar un esfuerzo personal considerable. En este mismo sentido, lo señala el profesor Etcheberry en el Tomo II página 26, el profesor Cury en la página 494 y el profesor Garrido Montt en la página 197 del Tomo I, y se debe verificar por el Tribunal las condiciones económicas y la actitud de su representado en estos actos. No tiene que ver con el móvil que tuvo el imputado porque no es una circunstancia del tipo penal. Incorpora en este acto un certificado del 3° Juzgado de Garantía de Santiago que da cuenta que en esta causa se depositaron \$15.925.797 con fecha 13/06/2018, \$100.000 el 04/05/2018, \$200.000 el 27/04/2018, \$4.000.000 el*

06/12/2017, \$500.000 el 11/05/2017 y \$500.000 el 04/05/2017. Acompaña asimismo una Certificación del mismo Tribunal de Garantía, que señala que se ordenó girar cheque por \$697.441 respecto de las víctimas, de fecha 13/09/2018. Respecto al inmueble rematado, incorpora Acta de audiencia de fecha 05/06/2017, donde el acusado ofrece inmueble en un valor aproximado. También acompaña dos escritos de fechas 05/05/17 y 19/05/17, donde se ofrece dicho inmueble, y luego de ello, las partes realizan una medida precautoria de ese domicilio. Se incorpora un depósito de \$4.550.000 por un estacionamiento que tenía imputado que fue vendido a Mauricio Ávila Quinteros, de fecha 30/11/2017, por ende, su defendido el 5 de junio da detalles de las especies que fueron incautadas en su domicilio, como obras de artes. Para ello incorpora un escrito de fecha 01/05/2018 para la entrega de tales obras de arte, pero hasta el día de hoy no se han podido entregar. Es por ello, que se da la intención de su defendido para reparar con celo el mal causado, no tiene nada más que la ropa que tiene en la unidad penal.

Como complemento de lo reseñado por el tribunal, debo señalar que según se acreditó durante la prueba rendida en el juicio oral, tanto de cargo y de descargo, el acusado no posee ni poseía bien alguno, al momento de efectuar los depósitos con ánimo de reparación y se deduce que lo entregado a los querellantes es todo y cuanto tiene.

Pese a lo anterior el tribunal rechaza la solicitud, con los siguientes argumentos del considerando decimonoveno:

*“Que en relación a la circunstancia atenuante solicitada por la defensa, consistente en haber procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias, descrita en el artículo 11 N° 7 del Código punitivo, estos sentenciadores*

*estiman que no se configuran los elementos necesarios para su estructuración. Sobre esta materia, resulta necesario indicar que lo que debe ser valorado en este caso es el intento de reparación, como se advierte del vocablo “procurar”, más el intento debe ser ponderado bajo el amparo de su potencial idoneidad para proteger los intereses de las víctimas. En tal sentido, la idoneidad de estos intentos debe ser calibrada desde la perspectiva de la calidad del aporte y por otro lado, en cuanto a la oportunidad en que se procura realizar. En relación a la calidad de la reparación que se ha procurado realizar, lo cierto es que las consignaciones que el acusado ha efectuado a lo largo del proceso judicial, conforme lo establece el Certificado de la Jefa de Administración de Causas de Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, por un total de \$21.225.797, – incluido el producto de un remate judicial de un inmueble - representan una suma levemente superior al 1,6% del monto total en que defraudó a las víctimas, cantidad que objetivamente no resulta apta para siquiera mitigar el daño patrimonial causado a aquellas. No puede desconocerse que el acusado se encuentra privado de libertad y, por tanto, no genera actualmente ingresos propios, pero tampoco puede ser omitida la dinámica que culminó con la detención del enjuiciado, quien habiendo consumado los delitos, decidió unilateralmente agotarlos mediante el vaciamiento de sus cuentas corrientes, preparando de esta forma una huida del país, que finalmente se materializó y se mantuvo por algún tiempo precisamente debido a que contaba con recursos pecuniarios que libremente podría haber destinado a reparar a los afectados. Llamativo resultó a estos sentenciadores el hecho, antes de salir del país, el encausado haya liquidado los vehículos de alta gama que había adquirido con el producto de sus estafas, en un monto que bordeó los 200 millones de pesos, sin que nada de estos recursos llegara al patrimonio de las víctimas de esta causa, revelando este suceso un nulo interés en repararlas cuando podía hacerlo. Por su parte, los intentos de ofrecer obras de arte en poder del imputado en ningún caso incrementaría de manera sustancial el escaso*

*aporte que podría ofrecerse a los perjudicados con tales productos, manteniendo así un estado de reparación prácticamente nulo. Por lo demás, si se siguiera la lógica argumentativa de los planteamientos de la defensa sobre este punto, bastaría para generar la atenuante analizada, que un sujeto activo de esta clase de delitos decida huir con los recursos que le restan y sólo cuando es aprehendido, pone a disposición el escaso remanente que ha dejado sin llevarse, situación a todas luces contraria a los fines de protección de los intereses de las víctimas, de modo tal que estimándose inidóneos los intentos del acusado de reparar efectivamente el detrimento causado a los perjudicados, no puede acogerse la presente causal minorante invocada.”*

## **2. Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales:**

La atenuante del art. 11 N° 7, no figuraba en el código español del 1848 y fue tomada por la comisión redactora, en sesión 8, del 17 de mayo del 1870, desde el código penal austriaco de 1803, en su art. 39.

Art. 11, *“son circunstancias atenuantes: N° 7: Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.”*

a) Un primer punto a tratar es el relativo al móvil del autor, la doctrina considera que el móvil del autor es indiferente, sin que se requiera un arrepentimiento moral, es más podría ser la motivación un simple deseo de ganar una atenuante.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Etcheverry, II, 26, *Es importante consignar que la atenuante este establecida más bien con un propósito de política criminal (obtener reparación para la víctima y evitar males mayores) que por razones éticas con relación al procesado, ya que nada se exige en cuanto al móvil que impulse a este, que puede ser tanto el arrepentimiento moral como el simple deseo de contar con una atenuante o cualquier otro. Mismo sentido Labatut I, 216; Novoa, II 34; Cury 494; Garrido, I, 198.*

b) En cuanto a la oportunidad que debe ser realizada la reparación que origina la atenuante, debo señalar que es indiferente el momento, mientras se realice antes de la dictación de la sentencia, no es necesario (como establece el fallo) que debe haberse realizado inmediatamente de cometido el delito.<sup>2</sup>

c) Espontaneidad y voluntariedad: El autor debe tener la posibilidad de abstenerse de realizar la conducta, es decir haya decidido libremente realizar la actividad constitutiva de la reparación.<sup>3</sup>

d) Procurar con celo reparar el mal causado: contrario a lo señalado por el T.O.P. no se exige que se repare efectivamente el mal causado, basta que se proceda con celo, con sacrificio, extremando los recursos con los que se cuentan dentro de sus posibilidades. De este modo no importa si se logra la reparación, solo basta la exteriorización efectiva de un propósito serio, sin reclamar resultados exitosos, En cuanto a las formas que podría adoptar la reparación. En ocasiones el mal, por su naturaleza es irreversible, caso en el cual la reparación solo podrá hacerse por vía de sustitución, indemnizando, por ejemplo.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Garrido, I, 198, *la reparación se puede hacer en cualquier momento antes de la dictación de la sentencia condenatoria de termino; no requiere ser inmediata a la comisión del hecho. Mismo sentido Novoa, II, 34; Cury, 394.*

<sup>3</sup> Cury, 494, *lo que en realidad se precisa es que la conducta sea ejecutada voluntariamente por e hechor; esto es, que habiendo podido abstenerse de realizarla, se haya decidido libremente por ella.*

<sup>4</sup> Etcheverry, II, 26, *en uno u otro caso, es indispensable que el hechor haya obrado "con celo", es decir, con preocupación, con esfuerzo con sacrificio desplegando sus mayores posibilidades para reparar el mal o impedir sus consecuencias; Cury, 494, la conducta del autor debe ser celosa, es decir, tiene que importar un esfuerzo personal considerable*



Por otro lado la jurisprudencia ha ratificado las cuatro premisas enunciadas, a través, de distintos fallos en distintas cortes a lo largo del país.

La corte suprema ha señalado que: *“Sobre esta motivación, resulta preciso señalar que la reparación con celo del mal causado, siguiendo a Etcheberry, no exige que efectivamente se haya llegado a reparar el daño, lo que muchas veces puede estar fuera de las posibilidades del procesado, sino que éste haya procurado hacerlo dentro de sus facultades. En uno y otro caso, es indispensable que el hechor haya obrado con celo, es decir, con preocupación, con esfuerzo, con sacrificio, desplegando sus mayores posibilidades para reparar el mal o impedir sus consecuencias. De lo transcrito es posible establecer que la consignación oportuna que realizó el imputado satisface el estándar de preocupación a que se refiere el autor citado<sup>5</sup>*

En el sentido similar la misma Corte Suprema: *“Que la expresión celo, que emplea la circunstancia 7a del artículo 11 del estatuto sancionatorio, importa en el actuar del agente una preocupación, sacrificio y esfuerzo tendientes a aminorar, menguar o reparar el mal ocasionado, es decir, supone la exteriorización de una conducta que debe constar de manera objetiva en el proceso. Resulta pacífico que el texto legal no exige un*

---

*enderezado al logro de los objetivos determinados por la norma examinada. Pero si dicha actitud existe, no importa que la reparación sea incompleta o que las ulteriores perniciosas consecuencias no consigan impedirse en todo o en parte. La ley se contenta con la exteriorización efectiva de un propósito serio; no reclama resultados exitosos. Garrido, I 197, En el plano objetivo, esta circunstancia requiere que la actividad desarrollada sea celosa, lo que significa que el procesado tuvo especial preocupación por reparar el mal o evitar las consecuencias del hecho; debe demostrar que se ha esforzado por lograrlo. Esto no involucra que verdaderamente la reparación se alcance o que los efectos se impidan; la exigencia se satisface con desarrollar una actividad en tal sentido que manifieste en especial inquietud.*

<sup>5</sup> Corte Suprema, 14/07/2010, Rol: 3213-2010.

*resarcimiento total y completo del menoscabo inferido por el delito, sino que basta que el inculpado procure o haga lo posible por aliviar las consecuencias dañosas del hecho, de otro modo, la disposición tornaría en letra muerta en todos aquellos casos en que, dada la magnitud del detrimento, es imposible restablecer el bien jurídico amagado, como ocurre, por ejemplo, en los delitos contra la vida, cuyo es el caso que nos ocupa. El precepto no pide que efectivamente se haya logrado la reparación o contener los efectos perniciosos del mal, tan sólo requiere que el inculpado haya procurado con celo alguna de estas cosas, lo que si bien supone una particular voluntad, no alcanza a erigir una posición moral de arrepentimiento o dolor. El celo del imputado no se sujeta a la mayor o menor equivalencia entre la reparación y el deterioro, pues ello conduce a que en los casos en que el resarcimiento sea total o muy aproximado al desmedro, siempre debería acogerse la morigerante y, por el contrario, si se advierte distancia entre ambos factores, determinaría a priori su rechazo.<sup>6</sup>*

En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Santiago señala lo siguiente: *la consignación efectuada por el imputado mientras se encontraba privado de libertad, por una suma que corresponde al 10% de los daños que se tuvieron por probados, configuran la atenuante del artículo 11 N° 7, del código penal, la reparación celosa del mal causado. El tiempo transcurrido entre los hechos y la consignación no es óbice para reconocer la minorante en comento, ya que el único límite temporal que podría fijarse tiene relación con la posibilidad de establecerla, de modo que solo la sentencia marca el fin del tiempo de que se dispone para realizarla, debiendo el tribunal en cada caso apreciar la concurrencia del celo exigido por la ley, celo al que debe dotar de contenido, no siendo exigible que la reparación debe ser completa ni que vaya acompañada de otras acciones.<sup>7</sup>*

---

<sup>6</sup> Corte Suprema, 28/10/2008, Rol: 2593-2008

<sup>7</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 19/11/2012, Rol: 2384-2012.

### **3.- Erronea aplicación del derecho del fallo.**

Estima esta defensa que el 2 ° T.O.P. de Santiago ha realizado en el pronunciamiento de la sentencia una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

La norma jurídica aplicada erróneamente es el art. 11 N° 7 del Código penal, argumentación que se encuentra plasmada en el considerando decimonoveno del fallo.

En primer término, el tribunal señala y en lo que estoy de acuerdo, es que lo que debe ser valorado por los sentenciadores es el intento de reparación, y se gráfica en este caso en el verbo “procurar” contemplado en la ley.

Pero luego comete un error sustancial, ya que señala que esta intención positiva de reparación, debe ser ponderada bajo la idoneidad de proteger los intereses de las víctimas, y luego ratifica su confusión señalando que este principio de protección está orientado o se ve inspirado en la calidad del aporte.

En el punto anterior de este recurso he desarrollado lo señalado tanto por la doctrina y la jurisprudencia, que establecen y analizan punto por punto los alcances de la norma atenuatoria de responsabilidad, y la interpretación que hace el tribunal del punto, no se condice con el texto de la norma ni con la doctrina y jurisprudencia reseñada. Establece un requisito nuevo no establecido en la ley cual es la “calidad del aporte” que es contrario al espíritu de la norma, toda vez que la frase “procurar con celo” tiene que ver con la intención del acusado de resarcir el perjuicio causado, no en una reparación efectiva, como lo pretende el tribunal.

Por otro lado, dentro del análisis de la prueba, se logra acreditar que el sentenciado no posee bien alguno y lo que en algún momento poseyó, este lo entregó voluntariamente a las víctimas, especial atención a este respecto es la venta de un estacionamiento que se encontraba inscrito en el conservador de bienes raíces de Santiago, sobre el cual no pesaba prohibición alguna de celebrar actos y contratos y este vende voluntariamente y entrega el producto de su venta a las víctimas.

En cuanto al saldo del remate, también se demostró de acuerdo a la prueba rendida, además consta en el sistema judicial, que solo una vez que fue ofrecido el inmueble a nombre de mi representado, a través, de la solicitud de audiencia por escrito de la defensa, la parte querellante actúa y solicita la medida cautelar real, sumado a la intención del acusado plasmada en audiencia de declaración judicial de fecha 5 de junio del 2017, demostrando así que sin la actividad de la defensa, el sentenciado pudo haber rescatado la totalidad de los fondos del saldo del remate del inmueble de su propiedad y no haber reparado a las víctimas, si esa hubiera sido su intención.

También importante, es el hecho que las víctimas, han retirado los fondos que considera insuficiente el tribunal y consta en la prueba rendida por esta defensa, que solo restan 3 víctimas de las 29 por retirar el dinero entregado por mi representado que se encontraba en la cuenta corriente del 3º Juzgado de Garantía.

Así las cosas se encuentra acreditada la intención celosa del sentenciado por procurar reparar el mal causado.

El grave problema que verifica esta defensa, es que el Tribunal Oral en lo Penal, confunde la institución de la reparación celosa con la indemnización de

perjuicios, contemplada y estudiada por el derecho civil, instituciones totalmente disímiles en su concepción y fin. La reparación celosa intenta que el delincuente procure con su mayor esfuerzo reparar a las víctimas, pero nada señala la ley de cantidad o calidad de esta reparación, pero en cambio la indemnización de perjuicios busca resarcir los perjuicios de una forma equivalente al daño causado. Desde la argumentación del tribunal nos podemos dar cuenta que éste confunde ambas instituciones.

Por otro lado el Tribunal Oral en lo Penal, agrega otro requisito no establecido en la ley, cual es la oportunidad en la cual se realiza la reparación, (en cuanto a su tratamiento doctrinario me remito al punto sobre el tema tratado en la página 16 de este recurso). Sobre este mismo punto, importante es el razonamiento posterior de los jueces, al señalar que el acusado habría recibido cerca de 200 millones de pesos antes de viajar fuera de Chile, es muy particular esta argumentación debido a que el tribunal no apreció que mi representado entregó ese dinero a personas que fueron clientes de la empresa, pero que debido al actuar de mi representado no se transformaron en víctimas, pero es precisamente acá donde el tribunal coloca como requisito para el reconocimiento de la atenuante que esta debe hacerse en una oportunidad determinada, es decir, antes de viajar fuera del país.

Un argumento esencialmente desafortunado, es el planteado por el T.O.P. al plantear que el acusado habría escapado al extranjero con 200 millones de pesos producto de la venta de vehículos de alta gama, en primer lugar porque no se rindió prueba alguna que ratificara esa aseveración y en segundo lugar porque si se rindió prueba en contrario, ya que la prueba de la defensa e incluso la de la fiscalía acreditaron que mi representado no transfirió dinero alguno al extranjero,

además es de público conocimiento que el monto que se le imputa con el que viajó esta prohibido ser trasladado por vía aérea.

Por ultimo cabe agregar que la motivación tal cual lo he reseñado en el punto en cuestión es irrelevante para los fines requeridos por la norma.

#### **4. Efectos del vicio.**

No haber acogido dicha atenuante tiene efectos decisivos a la hora de realizar el calculo de la pena que afecta a mi representado, toda vez que reconoce solo dos atenuantes y fija la pena en el presidio mayor en su grado minimo, esto es 7 años para el caso. *“Por otro lado, como se ha dejado asentado en el Motivo precedente, benefician al enjuiciado Garay Pita dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal y le no perjudica agravante alguna, por lo que el Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 67 inciso cuarto del Código Penal y en cuanto se cumple el estándar mínimo para la generación de tal potestad, estima adecuado hacer uso de la facultad allí establecida y, en consecuencia, rebajará en un grado la sanción previamente fijada en el párrafo anterior, con lo cual finalmente el tramo punitivo quedará situado en el presidio mayor en su grado mínimo. “*

El tribunal luego de un analisis del art. 351 de C.P.P. y 67, y 69 del C.P. fija la pena tomando en consideración solo dos atenuantes en 7 años y multa de 21 U.T.M., cuestión que podria haberse modificado, a favor del sentenciado, de aplicar una tercera atenuante.

#### **4. Petición concreta**

Solicito se acoja el recurso de nulidad por esta causal , y se dicte una nueva sentencia de reemplazo, en donde se acoja la atenuante del art. 11 N° 7 del C.P. y se le condene a mi representado don Rafael Garay Pita por el delito de estafa reiterada contemplado en el art. 468 del C.P. y se rebaje su pena a 4 años de presidio mayor en su grado máximo y se le otorgue el beneficio de la libertad vigilada intensiva, todo ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal.

#### **POR TANTO,**

**RUEGO A US.,** tener por interpuesto recurso de nulidad en contra de la sentencia pronunciada por el Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago con fecha 18 de octubre de 2018, mediante la cual se condenó a don **RAFAEL GARAY PITA** a la pena de **SIETE AÑOS** de presidio mayor en su grado mínimo, multa de 21 UTM y accesorias legales, concederlo y elevar los antecedentes a la Il'tma. Corte de Apelaciones de Santiago para que esta dicte una nueva sentencia de reemplazo, en donde se acoja la atenuante del art. 11 N° 7 del C.P. y se le condene a mi representado don Rafael Garay Pita por el delito de estafa reiterada contemplado en el art. 468 del C.P. y se rebaje su pena a 4 años de presidio mayor en su grado máximo y se le otorgue el beneficio de la libertad vigilada intensiva, o la pena que S.S estime se ajusta a derecho, todo ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal.