

11. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

ALIMENTADO. ALIMENTANTE. ALIMENTOS

ALIMENTOS DEFINITIVOS. ALIMENTOS FUTUROS. ALIMENTOS PROVISORIOS. PENSIÓN ALIMENTICIA

HECHOS

Defensa del condenado recurre de nulidad en contra de la sentencia dictada por Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, que lo condenó como autor del delito reiterado de violación contra menor de 14 años. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones rechaza el recurso de nulidad interpuesto, con voto de prevención.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de San Miguel*

ROL: *1317-2019, 1 de julio de 2019*

PARTES: *Ministerio Público con Carlos Cabrales Díaz*

MINISTROS: *Sra. Carmen Gloria Escanilla P., Sra. Sylvia Pizarro Barahona y Abogado Integrante Sr. Adelio Misseroni R.*

DOCTRINA

- No obsta a calificar el delito como reiterado, la circunstancia de que no se hayan podido determinar con precisión las fechas efectivas en que cada una de las acciones descritas en la sentencia ocurrieron, puesto que sí se instituyeron dentro de un tiempo y espacio determinado, en un contexto claramente establecido. En definitiva, se probaron delitos separados que ocurrieron en fechas distintas, y aunque no se tuvo la precisión para establecer los días exactos de ocurrencia, quedó claro que se conoció la época de la comisión dentro de parámetros aproximados, y que cada acción era necesariamente distinta a la otra agresión. Se distinguen por tanto tres agresiones o episodios, situados dos en un lugar y un tercero en otro sitio, de modo que, nos encontramos en presencia de tres delitos de la misma especie, por ser relatos diferenciados de diversos hechos, con características propias para cada uno de los eventos (considerando 4° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

- II. *En torno a la reiteración cabe señalar también que la jurisprudencia indica que esta se caracteriza porque el sujeto activo ha asumido dos o más conductas del todo independientes una de otra, con conciencia dolosa y concurriendo en cada una de ellas elementos necesarios para soportar el juicio de reproche, por lo que cada conducta tiene existencia propia sin que interese la pretérita, como así fue acreditado en el juicio. Finalmente, acerca de la indemnidad sexual, como tal, no es posible sea atacada de manera continuada pues son delitos instantáneos que se consuman en el momento en que se da cumplimiento a los requisitos del tipo, por lo que, en abstracto, el delito de abuso sexual no podría tener un sustrato de continuado pues en su esencia no es fraccionable, ya que las conductas ilícitas realizadas lo fueron en distintos momentos, cumpliendo de modo autónomo las exigencias del tipo, en este caso violación, siendo siempre la intención de afectar el bien jurídico tutelado, en este caso la indemnidad sexual de la víctima en cada hecho (considerando 5° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*
- III. *(Voto de prevención) En nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición legal expresa que reconozca el concepto de delito continuado. Sin embargo, en la praxis judicial ha recibido acogida. La Corte Suprema ha dicho que el llamado delito continuado no es una teorización a priori, sino que es un caso de unidad delictual debida “al dominio de la voluntad sobre el hecho en procura de la realización del resultado típico”, dominio que tiene “la virtud de unificar la acción” (Luis Cousiño, Derecho Penal Chileno. Parte General, Santiago 1975, tomo 1, página 82). Cualquiera sea el concepto que se tenga acerca de la naturaleza de esta institución, el delito continuado solo puede tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico para la aplicación de una pena inferior a la que resultaría de la simple adición de las que corresponderían por todos y cada uno de los actos punibles realizados. La figura del delito continuado, al no estar prevista en la ley nacional, solo puede ser admitida in bonam partem, por lo que no es lícito llegar, mediante la estimación del delito continuado, a una condena más grave que la que correspondería si se separasen las acciones para castigar en cada una de ellas una infracción criminal. Es del caso señalar que la doctrina mayoritaria sostiene que la ratio de esta figura jurídica radica en el menor grado de reproche de quien, no obstante ejecutar una pluralidad de delitos, cede una sola vez a los motivos que lo impulsan a delinquir. Como se ha dicho anteriormente, suelen mencionarse como requisitos para la existencia de un delito continuado básicamente tres, a saber: i) pluralidad de acciones u omisiones, ii) homogeneidad de los hechos típicos (unidad de lesión jurídica), y iii) factor de unificación o conexión entre las acciones u omisiones. Con todo, es preciso señalar*

que el elemento que distingue al delito continuado del concurso material de ilícitos propiamente tal es, fundamentalmente, el factor de unificación que debe existir entre los diversos hechos típicos – homogéneos–, y que permite tratarlos como un todo y castigarlos como un solo hecho punible, aplicando así una sanción más favorable al encausado (considerandos 3º y 4º del voto de prevención de la sentencia de la Corte de Apelaciones)

Cita online: CL/JUR/3937/2019

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 351 y 362 del Código Procesal Penal.*

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES
DE SAN MIGUEL, ROL N° 1317-2019, DE 1 DE JULIO DE 2019

ISABEL YÁÑEZ MORALES
Universidad de Chile

La Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa rol N° 1317-2019, se pronunció sobre un recurso de nulidad presentado por el defensor en favor del acusado, en contra de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, pronunciada en causa RIT N° 62-2019, que condenó al acusado como autor del delito reiterado de violación contra menor de 14 años a la pena de 15 años de presidio mayor en su grado medio, más las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante el tiempo de la condena.

Para fundamentar el recurso de nulidad presentado, el defensor alegó la causal de errónea aplicación del derecho, pues se habría infringido lo dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal Penal, al no configurarse en la especie los elementos normativos y doctrinarios requeridos para calificar el delito como reiterado. Específicamente, se sostuvo en el recurso que no fue posible precisar la fecha en la que ocurrieron los hechos ni cuántas veces estos tuvieron lugar, de modo que no fue posible alcanzar el umbral de certeza necesario para tener por acreditada la reiteración. Considerando lo anterior, la pena impuesta debería haber sido la contemplada en el artículo 362 del Código Penal.

En primer lugar, la Corte de Apelaciones de San Miguel afirma que, dado que “*la tesis del delito continuado no tiene asidero en nuestra legislación positiva*”, sino que es producto de una construcción doctrinaria y jurisprudencial, entonces

no puede existir error de derecho a este respecto, lo que sería suficiente para desestimar el recurso¹.

No obstante lo anterior, de todos modos la Corte analiza el fondo del asunto y afirma que no es obstáculo para calificar el delito como reiterado que no se ha podido precisar en qué fechas fueron cometidos los hechos, mientras se haya podido establecer que estos tuvieron lugar en un tiempo y espacio determinados, y en un contexto también determinado. Esto porque lo anterior permite establecer que se cometieron varios delitos de forma separada. Así, la Corte determinó que, a partir de los hechos que se dieron por probados ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, podía concluirse que el acusado cometió tres delitos de la misma especie en contra de una menor de 14 años, “*con características propias para cada uno de los eventos*”².

Para sustentar lo anterior, la Corte señala que la reiteración “*se caracteriza porque el sujeto activo ha asumido dos o más conductas del todo independientes una de otra, con conciencia dolosa y concurriendo en cada una de ellas elementos necesarios para soportar el juicio de reproche, por lo que cada conducta tiene existencia propia sin que interese la pretérita*”. Además, afirma que no es posible configurar un delito continuado contra la indemnidad sexual, pues “*son delitos instantáneos que se consuman en el momento en que se da cumplimiento a los requisitos del tipo*”, de modo que “*no podría tener un sustrato de continuado pues en su esencia no es fraccionable, ya que las conductas ilícitas realizadas lo fueron en distintos momentos, cumpliendo de modo autónomo las exigencias del tipo*”³.

A continuación, se analizarán las categorías de delito continuado y de “delito reiterado”, para determinar si es correcta la aplicación que de las mismas hace la Corte de Apelaciones de San Miguel en su fallo. Luego, estaremos en condiciones de determinar si es correcta la afirmación de la Corte según la cual no podría controlarse a través del recurso de nulidad la calificación del delito como continuado, al no estar consagrada esta categoría en la ley, sino ser una construcción doctrinaria y jurisprudencial.

Para comenzar este análisis, una primera precisión que habría que hacer es clarificar que, cuando hablamos de un “delito reiterado”, en la terminología empleada por la Corte de Apelaciones de San Miguel en la sentencia en cuestión, en realidad estamos hablando de una reiteración de hechos punibles, es decir, de dos o más realizaciones de un mismo tipo de hecho punible imputables a una misma persona. En este sentido, la pregunta relevante a este respecto es si dicha reiteración de hechos punibles debe ser considerada como factor de determina-

¹ CA San Miguel, rol N° 1317-2019, 1 de julio de 2019, considerando 3°.

² CA San Miguel, rol N° 1317-2019, 1 de julio de 2019, considerando 4°.

³ CA San Miguel, rol N° 1317-2019, 1 de julio de 2019, considerando 5°.

ción de la pena, y por lo tanto debe aplicarse el artículo 351 del Código Procesal Penal, o si, por el contrario, las dos o más realizaciones del mismo tipo de hecho punible deben ser consideradas como una sola para efectos penológicos, en la forma de un delito continuado, y por lo tanto la pena a imponer es en este caso la señalada por el artículo 362 del Código Penal. Y el fundamento para determinar aquello es la proporcionalidad que debe existir entre el hecho que es considerado delictivo y la pena asociada al mismo, en los términos establecidos por la ley: el reconocimiento de un delito continuado tiene lugar allí donde la punición por una reiteración de hechos punibles es excesiva en términos de la valoración que hace la ley del hecho, dada la existencia de algún factor de conexión entre las dos o más realizaciones del mismo tipo de hecho punible que obliga a considerarlas como una sola para efectos penológicos⁴.

En este sentido, la categoría del delito continuado es funcionalmente equivalente a la categoría del concurso aparente: lo que tenemos es o bien una reiteración del mismo tipo de hecho punible en la forma de un concurso homogéneo o bien la realización de dos o más tipos de hecho punible en la forma de un concurso heterogéneo, pero ese concurso homogéneo o heterogéneo debe ser desconocido penológicamente, pues la imposición de la pena por cada una de dichas instancias de realización de un tipo de hecho punible no sería proporcional al hecho, sino excesiva. De este modo, cuando estemos frente a una reiteración del mismo tipo de hecho punible, resultará aplicable múltiples veces –tantas veces como su supuesto de hecho se haya visto realizado– la norma de sanción respectiva, *a menos que* tales múltiples realizaciones del tipo de hecho punible deban ser consideradas como una sola para efectos penológicos en la forma de un delito continuado. Y de manera equivalente, cuando estemos frente a la realización de dos o más tipos de hecho punible, resultarán aplicables conjuntamente las respectivas normas de sanción, *a menos que* sea reconocible una superposición del contenido de significación delictiva de dichas realizaciones típicas y deba en consecuencia desconocerse la relevancia penológica del concurso en cuestión, por ser este meramente aparente⁵.

Teniendo lo anterior en consideración, corresponde ahora revisar si en el caso fallado por la Corte de Apelaciones de San Miguel, la condena por un “delito reiterado” de violación de menor de 14 años (en rigor, por tres delitos de violación de menor de 14 años) se corresponde con una correcta aplicación del derecho o si, como señalara el recurrente, lo que correspondía en derecho era la condena por un solo delito continuado de violación de menor de 14 años.

⁴ MAÑALICH, Juan Pablo, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, (Santiago, 2018), pp. 135-141.

⁵ MAÑALICH, Juan Pablo, ob. cit., pp. 137-138.

La Corte, si bien no analiza detalladamente los hechos que se tuvieron por probados ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, sí afirma que estos consistieron en “*tres agresiones o episodios, situados dos en un lugar y un tercero en otro sitio, de modo que nos encontramos en presencia de tres delitos de la misma especie, por ser relatos diferenciados de diversos hechos, con características propias para cada uno de los eventos*”⁶.

En base a tal descripción de los hechos, la Corte ofrece un primer argumento para descartar que en este caso nos encontremos frente a un delito continuado. Así, señala que “*el sujeto activo ha asumido dos o más conductas del todo independientes una de otra, con conciencia dolosa y concurriendo en cada una de ellas elementos necesarios para soportar el juicio de reproche*”⁷. Como se afirmara a propósito de la caracterización de las figuras de delito continuado y de reiteración de hechos punibles, lo que está en juego en la delimitación de tales categorías es precisamente cuál es la pena que, de ser impuesta, sería expresiva del juicio de reproche que la ley hace del hecho. Entonces, como correctamente señala la Corte, en la medida en que cada una de las conductas sea del todo independiente de la otra, considerar cada una de ellas como una instancia de realización del tipo de violación de menor de 14 años e imponer en consecuencia la pena correspondiente a dicha reiteración de delitos será lo que exprese el juicio de reproche contenido en la ley y no será por lo tanto una pena que exceda dicha valoración. Y, como también señala correctamente la Corte, no obsta a lo anterior que no se haya podido determinar con precisión la fecha en que cada una de dichas conductas tuvo lugar, en la medida en que pese a ello se haya podido establecer, más allá de toda duda razonable, que el sujeto cometió tres veces el delito de violación de menor de 14 años.

Sin embargo, a reglón seguido la Corte hace una afirmación que es al menos problemática. Según lo sostenido por la Corte, no sería posible el reconocimiento de un delito continuado contra la indemnidad sexual, pues “*son delitos instantáneos que se consuman en el momento en que se da cumplimiento a los requisitos del tipo*”, de modo que un delito de esta especie “*no podría tener un sustrato de continuado pues en su esencia no es fraccionable*”. En el caso del que se trata, esto se expresaría en que “*las conductas ilícitas realizadas lo fueron en distintos momentos, cumpliendo de modo autónomo las exigencias del tipo*”⁸.

Lo anterior es problemático porque, en la medida en que cuando afirmamos que nos encontramos frente a un delito continuado lo que estamos haciendo es desconocer un concurso homogéneo de delitos para efectos de la determinación de

⁶ CA San Miguel, rol N° 1317-2019, 1 de julio de 2019, considerando 4°.

⁷ CA San Miguel, rol N° 1317-2019, 1 de julio de 2019, considerando 5°.

⁸ CA San Miguel, rol N° 1317-2019, 1 de julio de 2019, considerando 5°.

la pena que será en definitiva impuesta, entonces siempre podremos afirmar que cada conducta considerada en sí misma satisface autónomamente las exigencias del tipo⁹. El punto es que, pese a que los hechos individualmente considerados satisfacen dos o más veces la descripción típica, lo correcto en términos de la valoración legislativa es considerar tales hechos como una sola satisfacción del supuesto de hecho de la norma de sanción y por lo tanto aplicar la pena correspondiente a una única instancia de realización del tipo de hecho punible.

Piénsese en el siguiente caso: A proporciona a B una droga que le deja inconsciente durante doce horas. En dicho lapso de tiempo, A accede carnalmente a B cuatro veces, cada una de ellas separada entre sí por un lapso de tres horas.

En el caso propuesto, es claro que cada uno de los cuatro accesos carnales satisface la descripción típica de la violación. Sin embargo, no es implausible pensar que, de ser imputado por cuatro delitos de violación, A podría exitosamente alegar que en realidad él debiese ser condenado por un solo delito continuado de violación, considerando la conexión existente entre los hechos. Así, nada hay de específico en los delitos contra la indemnidad sexual que haga de plano impertinente la pregunta de si estamos frente a un delito continuado o frente a una reiteración de hechos punibles.

Así, parece más adecuado el razonamiento del voto de prevención del abogado integrante, según el cual la razón para descartar que en el caso objeto de la sentencia nos encontremos frente a un delito continuado sería la ausencia de una “*unidad de propósito criminal*”¹⁰, que haría que cada instancia de realización del tipo pueda ser considerada como enteramente independiente de la otra. En cambio, en el caso propuesto sí podría afirmarse una unidad de propósito criminal como factor de conexión suficiente para desconocer el concurso homogéneo de delitos de violación y condenar a A como autor de un solo delito continuado de violación.

A partir de lo que se ha expuesto hasta ahora, debiera ser evidente que es incorrecta la afirmación de la Corte de Apelaciones de San Miguel según la cual la calificación de los hechos como un delito continuado, en lugar de como una reiteración de hechos punibles, no sería controlable por la vía del recurso de nulidad fundado en una errónea aplicación del derecho, por ser la categoría del delito continuado una construcción doctrinaria y jurisprudencial y no encontrarse consagrada expresamente en la ley.

⁹ CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, (Santiago, 2005), pp. 654, 656; GARRIDO, Mario, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, (Santiago, 2003), p. 340.

¹⁰ CA San Miguel, rol N° 1317-2019, 1 de julio de 2019, voto de prevención, considerandos 4° y 5°. En este sentido, ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, (Santiago, 1998), pp. 112-113.

Precisamente porque la decisión de si los hechos deben ser considerados como un solo delito continuado o como una reiteración de hechos punibles debe tomarse teniendo a la vista la valoración que la ley hace de los hechos, es una decisión controlable por la vía del recurso de nulidad fundado en una errónea aplicación del derecho. Si una persona es condenada por una reiteración de hechos punibles, en circunstancias en que estos hechos debieron haber sido considerados como un solo delito continuado, entonces la pena impuesta en la sentencia no expresa la valoración que la ley hace del hecho, sino que excede dicha valoración, lo que constituye una errónea aplicación del derecho.

CORTE DE APELACIONES:

En Santiago, a uno de julio de dos mil diecinueve.

VISTOS:

En estos autos RIT 62-2019, RUC N° 1701140927-K, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, ingreso Corte N° 1317-2019, por sentencia de once de mayo de dos mil diecinueve, dictada por el Tribunal del juicio oral en lo penal de San Bernardo, se condenó al imputado Carlos Jonathan Cabrales Díaz, como autor del delito reiterado de violación contra menor de 14 años, a la pena de quince años de presidio mayor en su grado medio, más las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante el tiempo de la condena. En contra de esta sentencia, Julio Espinoza Sepúlveda, abogado, Defensor Penal Público, recurre de nulidad invocando la causal de abrogación del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, requiriendo se anule la sentencia y el juicio oral correspondiente.

El recurso fue declarado admisible con fecha 3 de junio del presente año.

A la audiencia de rigor comparecieron por el recurrente la abogada de la Defensoría Penal Pública, Patricia Flores Neira y por el Ministerio Público lo hizo la abogada Yasna Ríos Oporto.

Se fijó la lectura de la sentencia para el día de hoy.

OÍDOS Y CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurrente funda su recurso en la errónea aplicación del Derecho, con infracción al artículo 351 del Código Procesal Penal, sobre la base que no se configuran en la especie los elementos normativos y doctrinarios requeridos para haber calificado el delito como reiterado conforme dicha norma y en consecuencia no correspondía aplicar aquella para la determinación de la pena si no que debió aplicarse lo preceptuado en el artículo 362 del Código Penal en relación con la pena allí establecida.

Argumenta que conforme a los hechos que se tuvo por acreditados, no existen elementos para considerar que fue cometido en forma reiterada, en atención a que no es posible precisar una fecha en que ellos hubieren ocurri-

do, ni cuantas veces acontecieron y por ello, entonces, no existe certeza acerca de la reiteración y aunque se diga que ocurrieron en varias ocasiones, se está ante la presencia de un delito continuado, acorde a la jurisprudencia que se ha venido aceptando en estos casos, –la cual cita–, al igual que doctrina en apoyo de su tesis, señalando que, si bien, carece de sustento normativo, en la medida que concurren los elementos del delito continuado el sentenciador debe aplicarlo, so pena de incurrir en error de Derecho, más aún cuando no existe claridad para la defensa respecto a hechos indeterminados. Argumenta también que el estándar legal para condenar requiere superar la duda sobre la comisión del delito que constituye una acción u omisión cuyo componente temporal es fundamental para decidir si se cometió o no delito.

Segundo: Que el tribunal en relación a los hechos tuvo por acreditado que estos ocurrieron tanto en el domicilio del Recurso N° 1255, Villa Los Areneros, comuna de Buin y en de Los Magnolios 318, de la misma comuna; al menos un hecho habría ocurrido en la casa de los abuelos de la menor, que es aquel que sobreviene con ocasión del bautizo de Victoria y que las vulneraciones en la esfera de la sexualidad sufridas por la menor, comienzan a producirse el año 2015, con los detalles de épocas y circunstancias que se describen latamente en los fundamentos octavo y noveno.

Tercero: Que en cuanto al reproche que se formula en el recurso, se ha de consignar que la tesis del delito continuado no tiene asidero en nuestra

legislación positiva, tal como el propio recurrente reconoce, sino que proviene de una elaboración doctrinaria y jurisprudencial, de manera que, en este aspecto, no es posible se pueda producir la infracción denunciada en términos de la legislación positiva, y por consiguiente no puede existir error de derecho, lo cual bastaría para desechar el recurso.

Cuarto: Que, en todo caso, cabe decir que no obsta a calificar el delito como reiterado, la circunstancia de que no se hayan podido determinar con precisión las fechas efectivas en que cada una de las acciones descritas en la sentencia ocurrieron, puesto que sí se instituyeron dentro de un tiempo y espacio determinado, en un contexto claramente establecido. En definitiva, se probaron delitos separados que ocurrieron en fechas distintas, y aunque no se tuvo la precisión para establecer los días exactos de ocurrencia, quedó claro que se conoció la época de la comisión dentro de parámetros aproximados, y que cada acción era necesariamente distinta a la otra agresión. Se distinguen por tanto tres agresiones o episodios, situados dos en un lugar y un tercero en otro sitio, de modo que, nos encontramos en presencia de tres delitos de la misma especie, por ser relatos diferenciados de diversos hechos, con características propias para cada uno de los eventos.

Quinto: Que en torno a la reiteración cabe señalar también que la jurisprudencia indica que esta se caracteriza porque el sujeto activo ha asumido dos o más conductas del todo independien-

tes una de otra, con conciencia dolosa y concurriendo en cada una de ellas elementos necesarios para soportar el juicio de reproche, por lo que cada conducta tiene existencia propia sin que interese la pretérita, como así fue acreditado en el juicio. Finalmente, acerca de la indemnidad sexual, como tal, no es posible sea atacada de manera continuada pues son delitos instantáneos que se consuman en el momento en que se da cumplimiento a los requisitos del tipo, por lo que, en abstracto, el delito de abuso sexual no podría tener un sustrato de continuado pues en su esencia no es fraccionable, ya que las conductas ilícitas realizadas lo fueron en distintos momentos, cumpliendo de modo autónomo las exigencias del tipo, en este caso violación, siendo siempre la intención de afectar el bien jurídico tutelado, en este caso la indemnidad sexual de la víctima en cada hecho.

Sexto: Que, en atención a los argumentos expuestos, el recurso ha de ser desestimado.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 352, 360, 372, 373 letra b) y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el abogado Julio Espinoza Sepúlveda, en representación del sentenciado Carlos Jonathan Cabrales Díaz, en causa RIT O-62-2019, en contra de la sentencia de once de mayo del año en curso, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo.

Se previene que el abogado integrante señor Misseroni estuvo por rechazar el recurso por las siguientes consideraciones:

1°.- Que la calificación de los hechos que el recurrente considera constitutivos de delito continuado —y no de reiteración de ilícitos de una misma especie, como han sostenido los jueces del mérito—, constituye una cuestión de derecho revisable por esta Corte a través de la causal de nulidad invocada.

2°.- Que, como sostiene Eduardo Novoa (Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Santiago 1996, tomo 2, página 268 y siguientes), la figura del delito continuado es quizás una de las más confusas y anárquicas del Derecho Penal. Se discuten su fundamento penal, su naturaleza jurídica, sus requisitos y hasta el tratamiento legal que para él conviene.

Concuerda en general la doctrina en que son elementos de dicha forma de delito la realización de diversos actos separados en el tiempo, cada uno de ellos típico, en el sentido de que podría ser punible aún considerado aisladamente. También hay concordancia en que estos hechos típicos deben ser homogéneos y en que deben presentar un factor de unificación, pero en la apreciación práctica de estos requisitos ya los pareceres se dividen. En cuanto a la homogeneidad de los actos, se admite la necesidad de que haya un mismo bien jurídico lesionado, pero mientras algunos se conforman con eso, otros estiman necesario que los delitos sean del mismo género, y hay quienes exigen una identidad típica absoluta: parecida discrepancia existe en cuanto a las formas de aparición del delito; si puede o no haber delito continuado entre una consumación y

una tentativa del mismo delito, etc. En cuanto al factor de unificación, es sabido que la doctrina italiana se inclina por la unidad de propósito o designio, en tanto que en general los autores alemanes dan preferencia a los elementos objetivos: identidad de circunstancias de tiempo y lugar, de motivo, de ocasión, de sujeto pasivo, etc. Todas estas tomas de posición están muy influidas por los textos de las respectivas legislaciones positivas, cuando los hay (Alfredo Etcheberry, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, Santiago 1987, Tomo 2, páginas 77 y siguiente).

3°.- Que en nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición legal expresa que reconozca el concepto de delito continuado. Sin embargo, en la praxis judicial ha recibido acogida. La Corte Suprema ha dicho que el llamado delito continuado no es una teorización a priori, sino que es un caso de unidad delictual debida “al dominio de la voluntad sobre el hecho en procura de la realización del resultado típico”, dominio que tiene “la virtud de unificar la acción” (Luis Cousiño, *Derecho Penal Chileno. Parte General*, Santiago 1975, Tomo 1, página 82).

Cualquiera sea el concepto que se tenga acerca de la naturaleza de esta institución, el delito continuado solo puede tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico para la aplicación de una pena inferior a la que resultaría de la simple adición de las que corresponderían por todos y cada uno de los actos punibles realizados.

La figura del delito continuado, al no estar prevista en la ley nacional, solo puede ser admitida in *bonam partem*, por lo que no es lícito llegar, mediante la estimación del delito continuado, a una condena más grave que la que correspondería si se separasen las acciones para castigar en cada una de ellas una infracción criminal.

Es del caso señalar que la doctrina mayoritaria sostiene que la *ratio* de esta figura jurídica radica en el menor grado de reproche de quien, no obstante ejecutar una pluralidad de delitos, cede una sola vez a los motivos que lo impulsan a delinquir.

4°.- Que, como se ha dicho anteriormente, suelen mencionarse como requisitos para la existencia de un delito continuado básicamente tres, a saber: i) pluralidad de acciones u omisiones, ii) homogeneidad de los hechos típicos (unidad de lesión jurídica), y iii) factor de unificación o conexión entre las acciones u omisiones.

Con todo, es preciso señalar que el elemento que distingue al delito continuado del concurso material de ilícitos propiamente tal es, fundamentalmente, el factor de unificación que debe existir entre los diversos hechos típicos –homogéneos–, y que permite tratarlos como un todo y castigarlos como un solo hecho punible, aplicando así una sanción más favorable al encausado.

Como hemos señalado, la doctrina, para establecer la conexión entre los ilícitos que dan lugar al delito continuado, se ha inclinado por factores subjetivos –unidad de propósito criminal– u objetivos –unidad de tiempo,

de lugar, de ocasión, etc.—. La tesis más acertada parece estar en un punto más intermedio, siendo la “unidad de propósito criminal” el elemento central para la configuración del delito continuado y cumpliendo las circunstancias objetivas un papel puramente indiciario de aquel elemento subjetivo.

5°.- Que la “unidad de propósito criminal” presupone tanto un elemento intelectual —representación anticipada de la futura actividad criminal— como finalista, constituido por la unicidad del fin perseguido. Por tanto, el referido elemento subjetivo se puede identificar como un programa orgánico de una pluralidad de ilícitos, deliberado por el agente a lo menos en sus líneas generales, antes de la ejecución de los delitos singulares que lo componen.

6°.- Que, en el caso *sub iúdice*, no se aprecia la concurrencia del elemento que distingue al delito continuado del

simple concurso material, cual es la “unidad de propósito criminal”, pues existe diferencia entre este concepto y el simple desarrollo de una genérica actividad delictual, por cuanto para que exista tal elemento característico de la figura en análisis es necesario que, desde la comisión del primer ilícito, se hayan delineado los eventos sucesivos, a lo menos en cuanto a sus características fundamentales. Nada de ello se aprecia que haya sucedido en el caso de autos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de la ministra (S) señora Escanilla.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Illtma. Corte de Apelaciones de San Miguel integrada por las ministras Sra. Sylvia Pizarro Barahona, Sra. Carmen Gloria Escanilla Pérez y abogado integrante Sr. Adelio Misse-roni Raddatz.

Rol N° 1317-2019.