

II. Derecho Penal (Parte Especial)

1. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

Delito de daños y de incendio. Incendio del Metro de Santiago. I. Calificación del tipo penal de incendio como un delito de daño (lesión) o de peligro (abstracto o concreto). En el delito de incendio es suficiente la sola realización de la acción prohibida por ley para presumir el riesgo de daño al bien jurídico. II. Tribunal ha incurrido en una errada la interpretación que del tipo penal al desestimar encuadrar los hechos dentro del tipo del art. 476 N° 2 del Código Penal. Estación del Metro resulta ser un “lugar no habitado” dado su horario de funcionamiento. III. Incendio es un delito complejo. Ejecución del delito de incendio como tentativa y en grado de frustrado. Acción desplegada por el imputado no fue en grado de tentada, sino que frustrada.

HECHOS

Ministerio Público y los querellantes recurren de nulidad en contra de la sentencia definitiva, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que condenó al imputado como autor del delito de daños, en grado de consumado y lo absolvió del cargo que refiere al delito de incendio. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones acoge el recurso de nulidad.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (Acogido).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de San Miguel.*

ROL: *1128-2021, de 8 de junio de 2021.*

PARTES: *Ministerio Público de Jeremy Ramírez Bravo.*

MINISTROS: *Sra. María Teresa Letelier, Sra. María Teresa Díaz Z. Sr. Marcelo Ignacio Ovalle B.*

DOCTRINA

- I. *A partir de los bienes jurídicos que se identifican como objeto de protección por el tipo penal de incendio, se discute doctrinariamente cuál debe ser el grado de afectación de tales bienes como para encuadrar dentro de la figura la conducta efectuada por el sujeto activo, y en razón de ello puede*

estimarse como un delito de daño (lesión) o de peligro, y este a su vez, en carácter de abstracto o concreto. Esta última distinción se encuentra en el quid del conflicto a resolver, toda vez que de ser conceptualizado bajo la noción de un delito de lesión o de resultado, ha de considerarse la propiedad (o en general, cosas materiales) como el bien jurídico primordialmente protegido por el tipo penal, tal como lo hizo el tribunal del grado al escoger el tipo del artículo 476 N° 2 del Código Penal. En cambio, si se le estima como un delito de peligro, su conceptualización será más acertada para la protección de los diversos bienes jurídicos que protege el tipo penal de incendio, dado su carácter de delito pluriofensivo, tal como lo establece el artículo 475 N° 1 del mismo Código. A su vez, tal delito de peligro, abstracto o concreto, redundará, necesariamente, en el grado de previsibilidad que debe exigirse al sujeto activo respecto del resultado de su acción delictiva. En efecto, en los delitos de peligro, en forma diversa a los delitos de lesión, no es imprescindible que el bien jurídico protegido por la norma sufra un daño efectivo, sino que es la acción típica la que explica, por sí misma, la posibilidad para que tal daño o lesión sea real o inminente. Por ello, en los delitos de peligro media una probabilidad de que el acto desplegado por el sujeto activo genere una amenaza nítidamente plausible al bien protegido. Si el delito de peligro se comprende bajo el prisma de ser uno de peligro concreto, esto implica que la actividad del sujeto activo crea una amenaza inminente de afectación para el bien jurídico protegido, lo cual es la regla general en los delitos de peligro, lo que, indudablemente, exige respecto del autor una mayor previsibilidad respecto de la causación del daño. En ello, fíjese en la redacción del artículo 475 N° 1 del Código Penal que indica en forma expresa: “Cuando ejecutare el incendio en edificios, tren de ferrocarril, buque o lugar habitados o en que actualmente hubiere una o más personas, siempre que el culpable haya podido prever tal circunstancia”. (Lo destacado es nuestro). En cambio, conforme a la visión de ser un delito de peligro abstracto, ello entraña que no es exigible una amenaza inminente al bien jurídico protegido, sino que basta la mera posibilidad de que pueda ocasionarse una afectación del bien protegido por el tipo penal. Por ende, aquí no se exige previsibilidad por parte del sujeto activo, habida consideración de que es suficiente la sola realización de la acción prohibida por ley como para presumir el riesgo de daño al bien jurídico (considerandos 33° y 34° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

- II. *El artículo 475 del Código Penal indica que: “Se castigará al incendiario con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo: 1° Cuando ejecutare el incendio en edificios, tren de ferrocarril, buque o lugar habitados o en que actualmente hubiere una o más personas, siempre que*

el culpable haya podido prever tal circunstancia. El profesor Etcheberry, en cierta manera, restringe la interpretación del tipo penal, por cuanto señala que la redacción de la disposición “pone de manifiesto que para la ley el lugar habitado no es aquel en que simplemente se encontraren personas, sino aquel en que vive o mora la gente”. (Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal, parte especial, tercera edición, tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 461). Sin embargo, el tipo penal es más amplio, es decir, no se refiere únicamente a “lugar habitados”, sino que el legislador ha pretendido abrazar otras acciones del sujeto activo, y relativas al delito de incendio. En efecto, luego de señalar “lugar habitados” expresa lo siguiente: “o en que actualmente hubiere una o más personas”. Así, para la interpretación del tipo penal resulta relevante la utilización por el legislador de la conjunción “o”, la cual, y en un sentido gramatical, necesariamente expresa diferencia, separación o alternativa entre personas, cosas o acciones sobre un objeto determinado. En el caso específico del tipo penal que se analiza, la conjunción “o” es de naturaleza disyuntiva, por cuanto expresa, de manera indudable, una noción de disyunción o de exclusión. Conforme a ello, resulta errada la interpretación que del tipo penal realizó el tribunal a quo, por cuanto no advirtió la clara diferencia o digresión que existe entre “lugar habitados” y aquellos “en que actualmente hubiere una o más personas”, toda vez que tendió a identificar como una sola categoría ambas hipótesis diferentes. Es por ello que desestima encuadrar los hechos dentro del tipo penal del artículo 475 N° 1 del Código Punitivo (delito de peligro concreto), y prefiere la figura del artículo 476 N° 2 del mismo cuerpo normativo (delito de lesión), y al comprender que una estación del Metro resultaba ser un “lugar no habitado”, dado su horario de funcionamiento, calificación para la cual no obstaba la existencia de una pasarela por el cual transitaban diariamente los usuarios. Es así que la conjunción disyuntiva, ya indicada, arroja un matiz de la mayor relevancia para la correcta comprensión e interpretación del tipo penal del artículo 475 N° 1 del Código del ramo, y la razón de ello es evitar que queden intersticios de impunidad atendida la gravedad de la conducta del sujeto activo (considerandos 35° y 36° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

III. En delitos complejos como el de incendio, y dado el especial conato que implica este tipo de ilícitos, la conducta punible puede ser fraccionada material e intelectualmente. Para ello el juzgador debe hacer un juicio ex ante, situándose en el momento en que el sujeto activo realizó la acción típica. De esta manera, el tribunal adquiere la posición de un observador imparcial, y es por este motivo que puede fraccionar los momentos que involucran las diversas acciones desplegadas por el sujeto activo. En con-

secuencia, y ya bajo el supuesto de la complejidad del delito, la acción llevada a efecto por el imputado puede ser claramente diferenciable en sus diversos momentos. Así por lo demás lo indica Labatut, cuando expresa que la tentativa, en el delito de incendio, estaría representada por un momento anterior de poner o pegar fuego a la cosa, y finaliza, este grado de ejecución, cuando el sujeto se dispone a pegar fuego al objeto que desea incendiar. (Labatut, ob. cit., p. 240). Por esta razón, la tentativa estaría representada por actos directos y de ejecución anterior. Y, respecto de la frustración, el mismo autor nos indica que esta se hallaría para cuando el agente pone el fuego en la cosa, pero por circunstancias ajenas a su voluntad, este se extingue (Ibíd., p. 240). Conforme a lo expuesto, esta Corte discrepa del grado de ejecución del delito efectuado por el tribunal del grado, y en base a la apreciación de la prueba rendida en juicio, principalmente en lo que refiere al video de la estación del Metro al momento del inicio y propagación del fuego. Así, es difícil sintonizar con el grado de ejecución tentado del delito de incendio, por cuanto este grado de ejecución sólo envuelve una proximidad a la lesión del bien jurídico protegido. En efecto, la acción desplegada por el imputado no quedó limitada, como dice Labatut, a un instante anterior a poner, pegar o adherir fuego en la cosa (como fuere el sólo tener en su mano un objeto incandescente, como un papel con fuego, un encendedor o un fósforo). Por esta razón, su acción no fue en grado de tentada, sino que frustrada, habida cuenta que su conducta fue más allá, realizó todas las acciones que deberían dar como resultado el deseado tipo penal de incendio, tanto así que, valiéndose de un objeto incandescente, lo lanzó al interior de la boletería, en circunstancias que el fuego no se propagó aún más, como refiere el artículo 7° del Código Punitivo, por causas independientes a su voluntad. Por esta razón, el argumento dado por el tribunal a quo, “... le prendió fuego y lo arrojó al interior de una oficina, manifestando con ello que ha obrado con dolo directo, el incendiario quiere provocar el fuego en ese lugar, pero no lo consigue”, tiene una conexión jurídica directa con el grado de frustración del delito y no con la tentativa, lo cual ha implicado, de igual manera, una errónea aplicación del derecho que ha influido de manera sustancial en lo dispositivo del fallo (considerandos 39° y 40° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CI/JUR/59638/2021

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 373 de Código Procesal Penal; 487, 475, Código Penal*

EL DELITO DE INCENDIO COMO DELITO COMÚN DE PELIGRO
ABSTRACTO EN CONTRA DE BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES

ALEJANDRO AWAD CHERIT
Universidad de Chile

Al momento de la redacción de estas líneas (diciembre de 2021), el fallo comentado corresponde a una de las dos sentencias de nulidad recaídas en actos incendiarios ocurridos en estaciones de Metro en el contexto del llamado estallido o revuelta social desatado el 18 de octubre de 2019. A diferencia de la otra sentencia, que versa exclusivamente sobre infracciones procesales en relación con un incendio ocurrido en la estación de metro Pedrero, la acá comentada, de la estación La Granja, se pronuncia también sobre aspectos sustantivos vinculados a la dogmática de los delitos de incendio, y es sobre estas cuestiones que se centrará el análisis del fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel (ICA).

Conviene partir con algo de contexto. El Sexto Tribunal Oral en lo Penal (TOP) de Santiago condenó a J.M. como autor del tipo penal de incendio del art. 476 N° 2 del Código Penal (CP), en grado de tentativa, y a R.B. como autor del delito de daños del art. 487 del CP, en grado de consumado.

El Ministerio Público y los dos querellantes interpusieron sendos recursos de nulidad basados en la letra e) del art. 374 del CPP y, además, exclusivamente en relación con J.M., impetraron el recurso de nulidad previsto en la letra b) del art. 373 por errónea aplicación del derecho. La ICA desechó los motivos de nulidad basados en vicios procesales, estimando que el *a quo* había valorado correctamente la prueba rendida por los intervinientes y satisfecho adecuadamente su carga de fundamentación de la sentencia. Por el contrario, respecto de la causal de errónea aplicación del derecho, el *ad quem* compartió la postura de los recurrentes, estimando que, en contra de lo resuelto por el tribunal de instancia, la correcta calificación jurídica de la conducta atribuida a J.M. era la de autor del delito del numeral primero del art. 475 en grado de frustrado –y no la de la figura del art 476 N° 2 en grado de tentativa–. En consecuencia, tuvo por acreditado el vicio, invalidó la sentencia y ordenó, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 386, la realización de un nuevo juicio oral por un tribunal no inhabilitado en contra de los acusados.

Antes de entrar en los aspectos sustantivos en que se enfoca este comentario, resulta ineludible una digresión procesal vinculada a la reciente Ley N° 21.394, de 30 noviembre del 2021. Si bien la ICA desechó las causales procesales aplicables a ambos acusados, acogiendo solamente la de errónea

aplicación del derecho en relación con la calificación de la conducta de J.M., anuló la sentencia completa, ordenando la celebración de un nuevo juicio oral respecto de ambos imputados. Dicho de otro modo, también respecto del acusado no recurrente R.B., cuya condena –a una pena baja de cumplimiento en libertad– fue validada por el *ad quem*, la Corte ordenó un nuevo juicio. Aunque la Corte no dio razones para ello, resulta natural suponer que subyacía a esa decisión la circunstancia de que el CPP vigente a la fecha de esta resolución no contemplaba expresamente la divisibilidad de la sentencia para los efectos de la anulación de los fallos. Si esta hubiera sido la razón de la Corte para tomar dicha decisión, habría que rechazarla enfáticamente. De que una decisión razonable en favor del imputado cuya sentencia ha sido aprobada por el *ad quem* no se encuentre expresamente consagrada en la ley, no se sigue en ningún caso que los sentenciadores deban dar por excluida esta posibilidad. Menos todavía si dicha interpretación literalista de las disposiciones del CPP infringe el principio de única persecución, recogido en el artículo primero del CPP y en el artículo 14 N° 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si bien es cierto que la condena –a una pena baja de cumplimiento en libertad, vale pena reiterar– de R.B. no estaba ejecutoriada, al cabo del fallo de la ICA, que convalidó a su respecto la sentencia impugnada, no cabe sino entender que fue la propia Corte la que la dejó firme. Una postura contraria lleva a resultados evidentemente injustos. Piénsese, por ejemplo, cuán intuitivamente inaceptable resultaría la situación de un imputado absuelto por el *a quo*, a cuyo respecto el *ad quem* ratifica la absolución, y que, sin embargo, es sometido a un nuevo juicio porque, en consideración de la Corte respecto de algún coimputado, la sentencia de instancia aplicó incorrectamente el derecho. Afortunadamente, empero, con la nueva redacción del primer inciso del artículo 373 del CPP, introducida por la Ley N° 21.394, el riesgo de decisiones como esta queda, al menos en teoría, absolutamente excluido: “[p]rocederá la declaración de nulidad total o sólo la parcial del juicio oral y de la sentencia, si el vicio hubiere generado efectos que son divisibles y subsanables por separado sólo respecto de determinados delitos o recurrentes [...]”¹.

Antes de comenzar con el análisis de la parte sustantiva del fallo, conviene dedicarles unas líneas preliminares a los distintos tipos de incendio del CP chileno que vienen en consideración a partir de los hechos del caso, tratando, hasta

¹ Concordantemente, el nuevo inciso segundo del art. 386 del CPP prescribe: “[e]n caso de que se declare la nulidad parcial del juicio oral y la sentencia, existiendo pluralidad de delitos o de imputados, la Corte deberá precisar a qué prueba, a qué hechos y a qué imputados afecta la declaración de nulidad parcial del juicio oral y la sentencia”.

donde sea posible dentro de este breve espacio, de avanzar en la clarificación de la técnica de regulación seguida por el legislador chileno, la identificación de los bienes jurídicos protegidos, la estructura de los tipos penales respectivos y la relación que media entre ellos.

Una primera constatación es que, a diferencia de la mayoría de los códigos penales modernos –que tratan al delito de incendios dentro de atentados contra la “seguridad colectiva”² o nociones afines³– y siguiendo de cerca el modelo del Código Penal Español de 1848, los delitos de “Incendios y Otros Estragos” están regulados en el párrafo noveno del Título IX del Libro II, que sanciona los “Crímenes y simples delitos contra la propiedad”. Es pacífico en la doctrina nacional que los delitos de incendio se tratan de especies –cuya peculiaridad estaría dada por el fuego como medio de destrucción empleado– dentro del género de los estragos, los cuales se regulan de forma residual en el artículo 480 del mismo título. Ambos grupos de delitos, en conjunto con los tipos de daños, suelen ser tratados por la doctrina nacional como delitos de destrucción contra la propiedad, sin enriquecimiento correlativo⁴. A su vez, a pesar de su ubicación dentro del CP, existe consenso en cuanto a que se trata de delitos pluriofensivos que, según el caso, protegen la vida, la integridad corporal y la propiedad, lo cual explica las altísimas penas asociadas a estos delitos.

Por lo demás, la ley no provee una definición del núcleo de la conducta de incendio, pero es estándar distinguirla de la de prender fuego, exigiendo que aquel alcance una entidad que lo haga incontrolable o autónomo. Así, en las palabras de Labatut, por ejemplo, para que un tipo de incendio se entienda consumado se exige que “el fuego tome cuerpo y se produzca un verdadero abrasamiento que escape al control del hechor”⁵. Según afirma Oliver, faltando la incontrolabilidad del fuego, y en la medida en que se atente contra de propiedad ajena, “estaremos en presencia de un delito de daños mediante el fuego”⁶.

En cuanto a los bienes jurídicos protegidos por estas conductas, de acuerdo con su posición en el CP, la técnica legislativa chilena y especialmente en aten-

² Así, por ejemplo, el Código Penal español de 1995 y el Código Penal suizo.

³ El Código Penal alemán los organiza en la sección de delitos de peligro público o común; el italiano se refiere a la “incolumidad pública”.

⁴ Así, por ejemplo, MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial*, tercera edición. Valencia: Tirant lo Blanch (2019), p. 18.

⁵ LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal*, T. II, séptima edición actualizada por Julio Zenteno Vargas. Santiago: Ed. Jurídica de Chile (1983), p. 240.

⁶ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Delitos contra la propiedad*. Santiago: Ed. Thomson Reuters (2013), p. 515.

ción al tipo base del art. 477, resulta un dato que la propiedad —aunque sin que de esto se desprenda que tiene primacía en relación con los demás⁷— es uno de ellos. Este artículo, que sanciona al “incendiario de objetos no comprendidos en los artículos anteriores”, gradúa la pena con base en el valor del daño en la propiedad ajena en términos análogos al delito de daños, por el que, sobre la base de lo preceptuado en el residual art. 484 del CP, responden todos los que dañen la propiedad ajena por medios distintos al incendio y a los estragos. Notablemente, empero, las penas del art. 477 son notoriamente más altas, empujándose hasta presidio mayor en su grado máximo si el daño excede las 40 UTM. Por su parte, el tramo más alto de las penas asociadas a los daños corresponde a presidio menor en su grado máximo, de lo cual se advierte que, cuando el medio destructivo es el incendio, la *misma* conducta se vuelve, por esa circunstancia, radicalmente más grave a los ojos del sistema penal chileno. Identificar este plus de desvalor es, pues, ineludible para advertir la existencia de bienes jurídicos distintos a la propiedad protegidos por el delito de incendio. Por ello, se suele afirmar, en consonancia con las legislaciones comparadas, que, además de la propiedad, los tipos de incendio protegen la “seguridad colectiva”, como bien jurídico de carácter supraindividual, que estaría integrado por la vida y la integridad corporal de un número indeterminado de personas.

Mejor comprendidos resultan los tipos penales de incendio, sin embargo, cuando se los conceptualiza como delitos de peligro común, dentro de los cuales el delito de incendios sería “el ejemplo clásico”⁸. El peligro común no aludiría a bienes jurídicos colectivos en el sentido tradicional, esto es, “aquellos cuyo fin de protección apunta a la tutela de una determinada entidad o propiedad no radicada en una esfera individual, sino que su beneficiario directo sería toda la sociedad o cualquier individuo”⁹. Antes bien, lo protegido bajo esta fórmula sería la integridad física y la vida, en tanto bienes jurídicos individuales,

⁷ Sobre la base del inciso primero del art. 482 del CP (“El culpable de incendio o estragos no se eximirá de las penas de los artículos anteriores, aunque para cometer el delito hubiere incendiado o destruido bienes de su pertenencia”), Bascuñán Rodríguez ha sostenido que los delitos de incendio no tienen a la propiedad como “núcleo de injusto”. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “El delito de incendio terrorista”, *Informe en Derecho para la Defensoría Penal Pública* (2003), p. 27.

⁸ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “Comentario crítico a la regulación de los delitos contra el medio ambiente en el anteproyecto de Código Penal de 2005”, *Estudios Públicos*, N° 110 (2008), p. 28.

⁹ BASCUR RETAMAL, Gonzalo, “Consideraciones conceptuales para el tratamiento del peligro abstracto en supuestos de concurso de delitos”, *Polít. Crim.*, vol. 14, N° 28 (2019), p. 567.

“aunque de una pluralidad indeterminada de individuos que se ve amenazada por un foco de peligro común”¹⁰.

De una concepción como esta, surge la cuestión de la estructura de los delitos de incendio en términos de la forma de afectación o menoscabo de los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales en comento. Si bien, como se verá, esta pregunta no admite ser respondida unívocamente para todas las figuras de incendio, de la designación de peligro común tenemos un primer indicio para entender que detrás de estas figuras existe un irreductible componente de peligro abstracto¹¹. Si bien los delitos de peligro abstracto han sido redefinidos por Kindhäuser como dispositivos normativos para prevenir la erosión de “las condiciones de seguridad necesarias para una disposición racional sobre un bien [jurídico]”¹² bajo el modelo tradicional –que el autor recién citado llama el paradigma de la agresión–, se trata de delitos cuyo fundamento de castigo estaría dado por su “peligrosidad típica [...] sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro”¹³. Recientemente, Mañalich, en relación con los delitos contra la salud pública, ha demostrado que, considerando que estos delitos presentarían la fisonomía de los delitos de peligro común y dado que “la expresión ‘salud pública’ no hace más que

¹⁰ GALLO, Patricia, “El nuevo art. 318 ter del Código Penal chileno, como delito de peligro”, *Erga Omnes*, 2ª ed. (2020), cit. en MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “Los delitos contra la salud pública en situación de pandemia como delitos de peligro abstracto contra la salud individual. Una propuesta de interpretación de los arts. 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal”, p. 33 (<https://bit.ly/31SCg7P>, citado según versión borrador en PDF).

¹¹ “En suma, entre nosotros el incendio es un delito de peligro abstracto, en que la ley impone sanción por el solo hecho de emplear como medio de destrucción un fuego ingobernable. El peligro concreto o su ausencia influyen, excepcionalmente, en la penalidad”. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte especial*, t. III, 3ª ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile (1998), p. 465. Soler, en cambio, consideraba que los delitos de incendio, que en el Código Penal argentino están tratados como atentados contra la “seguridad pública”, responderían a la estructura de delitos de peligro concreto. Esta discrepancia, sin embargo, es más aparente de lo que resulta a primera vista, considerando que es en la noción de incendio, en oposición al fuego, donde el autor argentino detecta el peligro concreto: “[e]l incendio es el fuego que *efectivamente* ha puesto en peligro los bienes”. SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*, Tomo IV, 4ª ed. Buenos Aires: Tea (1990), p. 565. Como se verá más tarde, la transformación del fuego en incendio tiene más que ver con la estructura del delito de resultado que tiene cualquier tipo de incendio, que con la forma de peligro que da lugar a su punición.

¹² KINDHÄUSER, Urs, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, Trad.: Pastor Muñoz, Nuria, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1 (2009), p. 15.

¹³ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, T. I, Trad.: Diego Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas (1997), p. 336.

referir, en la forma de una abreviatura, a la salud corporal de la generalidad de las personas, entonces parece altamente plausible sostener que la generalidad de los delitos previstos en el mismo párrafo 14 tiene el carácter de delitos de peligro abstracto, consistentes en el quebrantamiento de normas que dispensan una protección *general* a la salud corporal *qua* bien jurídico individual¹⁴. Lo mismo debiera valer, *mutatis mutandi*, para el núcleo de los delitos de incendio.

Trazadas estas gruesas líneas, toca hacer un breve bosquejo del catálogo central de los delitos de incendio tal cual están tipificados en el CP. Como figura base, tenemos la figura residual del art. 477, aplicable solo cuando no se verifican los elementos de las figuras agravadas de incendio, y que, como se dijo, gradúa la pena según la cuantía del daño inferido a la propiedad ajena, con penas que van desde el presidio menor en su grado mínimo al presidio mayor en su grado mínimo. Dentro de las figuras calificadas de incendio –que, notablemente, no exigen que las cosas incendiadas sean ajenas¹⁵, ni, más relevantemente todavía, exigen su destrucción económicamente cuantificable–, las hipótesis más graves son las previstas en el art. 474, castigadas con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, que suponen la muerte o las lesiones corporales de personas, en tanto resultados de *lesión*. A continuación, en escala de gravedad descendente, encontramos el art. 475, que en sus dos numerales sanciona con penas desde presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo a quienes hayan provocado un incendio en ciertos lugares que se estiman particularmente peligrosos¹⁶ para la seguridad de las personas –incluidos acá aquellos en que “actualmente haya una o más personas”–. Finalmente, los dos primeros numerales¹⁷ del art. 476 sancionan a penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados a quienes incendiaren ciertos lugares estimados como peligrosos, pero en menor medida que los del artículo anterior.

¹⁴ MAÑALICH, “Los delitos contra la salud pública...”, ob. cit., p. 33. A la misma conclusión llega, con un alcance más general, Vargas, según quien “el peligro común o general no se distingue del peligro abstracto, particularmente respecto de la naturaleza del objeto protegido”. VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado*, Pamplona: Aranzadi (2007), p. 266.

¹⁵ Según el inciso primero del art. 482 del CP, de hecho, el responsable de “incendios o estragos no se eximirá de las penas anteriores, aunque para cometer el delito hubiere incendiado o destruido bienes de su pertenencia”.

¹⁶ Así, OLIVER, ob. cit., pp. 520 y 521. La mayor parte de la doctrina nacional, sin embargo, estima que la segunda parte del numeral 2 protegería a ciertos lugares por su importancia social. Por todos, ETCHEBERRY, ob. cit., p. 470.

¹⁷ Para efectos de este análisis es más sencillo dejar fuera a los numerales 3 y 4 de este artículo en la medida en que protegen el medioambiente. BASCUR RETAMAL, Gonzalo, “Análisis de los cuasidelitos de incendio y otros delitos vinculados previstos en el Decreto Supremo N° 4.363 (‘Ley de Bosques’)”, *Polít. Crim.*, Vol. 13, N° 25 (2018), p. 578.

Lo que ya puede advertirse en este rudimentario bosquejo es que las penas de las figuras de incendio parecen organizarse con base en lo peligrosas que resultan las conductas incendiarias para la integridad de las personas. Allí donde no se especifican resultados de *lesión* ni se indican lugares que resultan particularmente peligrosos (art. 477), empero, la pena es notoriamente más alta que tratándose del delito de daños. Y es que –casi¹⁸– cualquier incendio representa, en *abstracto*, en razón del riesgo de propagación del fuego, un intenso peligro para las personas. De esta escala descendente en la gravedad de las penas puede trazarse un correlato en el distinto peso específico que los bienes jurídicos protegidos detrás de estos delitos: desde la producción de resultados de lesión para la vida o integridad corporal de la vida de las personas (art. 474), a la puesta en peligro más (art. 475) o menos intensa (art. 476) para la vida o integridad corporal de las personas, a la propiedad ajena –con un elemento, menos intenso que en los tipos anteriores, de peligro abstracto para la seguridad de la vida o la integridad corporal de las personas, como se dijo– (art. 477).

En cuanto a la estructura material, como admite la doctrina nacional, todo delito de incendio es de resultado, aunque no siempre coincida ese resultado con la consumación de cada figura típica. Apunta Bascur, clarificando cuestiones que serán relevantes para analizar el fallo en comento, que “la estructura común a todo incendio consiste en: (i) un acto de ‘ignición’ preliminar desde un medio incendiario hacia uno o más objetos de la acción, circunstancia que, habida adscripción del dolo, correspondería a la tentativa –en sentido amplio–; y (ii) un resultado de ‘incendio’ propiamente tal, empíricamente constatado por la entidad que adquiere el fuego en razón de su aptitud para propagarse en forma descontrolada [...]”¹⁹.

Ahora recién quedamos en posición de explorar las razones que resultaron decisivas para que la ICA decidiera anular el fallo por errónea aplicación del derecho respecto de la condena de J.M. como autor en grado de tentativa del delito del art. 476 N° 2, y estimara, en cambio, que de un correcto ejercicio de subsunción fluía que su participación en los hechos fijados por la sentencia de instancia quedaba bien capturada como delito frustrado del art. 475 N° 1. Resulta imprescindible transcribir los hechos que el *ad quem* tuvo como fijados por la sentencia del TOP, a partir de los cuales emprendió su ejercicio dogmático:

¹⁸ Observa correctamente Bascuñán Valdés que “[a]quel que quema su propiedad que está deshabitada, ubicada en despoblado y sin que exista peligro de propagación [...] no se hará merecedor de pena alguna”. BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio y otros, *El delito de incendio*, Santiago: Ed. Jurídica de Chile (1974), p. 58.

¹⁹ BASCUR, “Análisis de los cuasidelitos de incendio...”, ob. cit., p. 577.

Que el 18 de octubre de 2019, alrededor de las 23:30 horas, O.E.J.M. ingresó a la Estación de Ferrocarril Metropolitano de Santiago perteneciente a la empresa de Transporte de Pasajeros ‘Metro Sociedad Anónima’, estación de nombre ‘La Granja’, ubicada en la intersección de avenida Américo Vespucio Sur y avenida Coronel de la comuna de La Granja, tomó una silla y la arrojó a los andenes, posteriormente agitó reiteradamente un pedestal o letrero sin sacarlo de su lugar. Ulteriormente en la oficina destinada a la administración, de estructura similar a la boletería u oficina de recarga de tarjetas BIP, encendió un objeto inflamable y lo arrojó a dicha dependencia, con el propósito de generar un incendio, lo que no consiguió.

Dada esta configuración de hechos, tenida por correcta por *ad quem*, las preguntas que la ICA tenía que responder eran fundamentalmente dos: si el lugar donde se había producido el *intento* de incendio hacía aplicable, en vez de la figura del 476 N° 2, alguna de las figuras del art. 475, y si a ese *intento* cabía considerarlo una tentativa acabada (o delito frustrado) o inacabada. Sobre la correcta consideración de cualquier delito de incendio como uno de resultado, la segunda cuestión fue bien decidida por la Corte. La segunda, en cambio, con base en una interpretación desatenta del N° 1 del art. 475 y una desconsideración de la forma en que el *a quo* se hizo cargo de los argumentos de la defensa, fue menesterosamente resuelta por la Corte. A continuación, se indagará en ambas cuestiones.

En lo que no es sino parte del *obiter dicta* de la sentencia, y siguiendo en este malentendido a Garrido Montt²⁰, la Corte confunde reiteradamente a lo largo del fallo analizado los delitos de lesión con los de resultado, comprendiendo ambas categorías como sinónimas. Como es obvio, se trata de categorías diferentes, pertenecientes a clasificaciones obtenidas desde planos diversos, a saber, el objeto de la acción y el bien jurídico protegido. El primero suele corresponder a la distinción entre delitos de resultado y de mera actividad, y el segundo, a la de delitos de lesión o peligro²¹. Además, como explica lúcidamente Mañalich, de modo particularmente esclarecedor para las figuras del incendio de los artículos 475 y 476, los conceptos –diferentes– de lesión y resultado no son siquiera coextensivos: “[...] debería ser claro que la clase de los delitos de lesión no es coextensiva con la de los delitos de resultado. Pues nada obsta a que la consumación de un

²⁰ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte especial*, t. IV, 4ª ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile (2008), p. 409.

²¹ SCHULENBURG, Johanna. “Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva”, Trad.: Margarita Valle Mariscal de Gante, en HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona: Editorial Marcial Pons (2007), pp. 349-362.

delito de cierta especie [de lesión o peligro] dependa del acaecimiento de una transformación –lo cual quiere decir: de un evento constitutivo de un resultado– que no consista en una lesión del respectivo bien jurídico”²².

Ahora bien, este error conceptual de arrastre no incide en la corrección de la decisión del *ad quem*. Por una parte, como se dijo, los delitos de incendio, en cuanto exigen un resultado de incendio separado de la conducta de prender fuego, corresponden a delitos de resultado y, por ende, lleva también la razón la Corte al analizar el grado de desarrollo del acto que cabía, tal cual están fijados los hechos, atribuir a J.M. En efecto, si el recurrido había puesto todo de su parte para lograr el resultado de incendio, consiguiendo solamente avivar fugazmente un fuego que no llegó a tener el nivel de autonomía o de incontrolabilidad exigida para entender que provocó un incendio, entonces es un error del *ad quem* haber calificado la conducta como tentativa²³. Estamos ciertamente ante un delito frustrado.

Tampoco incidió el error conceptual del *ad quem* en lo que respecta a la segunda de las categorías confundidas, los delitos de lesión. Lo que –aunque confundiendo las cosas– se preguntaba la Corte era si, a diferencia de lo que debe predicarse del tipo del art. 477 –que es ciertamente un delito de lesión de la propiedad–, en las hipótesis que venían en consideración –la del primer numeral del 475 y la del numeral segundo del 476–, podía el delito de incendio ser comprendido como uno de peligro. Y tiene razón la Corte al responder afirmativamente la pregunta.

Ahora bien, dicha respuesta no resolvía la cuestión, bastante más peliaguda, del tipo penal a aplicar. Partamos por explorar el tipo penal elegido por la Corte, el del numeral primero del art. 475. Descartado que la conducta se haya desarrollado en un lugar habitado ni en los demás lugares del numeral primero, y en la medida en que las estaciones de Metro no corresponden a ninguno de los lugares del N° 2 del artículo 475, la pregunta se restringía a si la mentada oficina del Metro contaba al momento de los hechos, en los términos del N° 1, como un lugar en el que había una o más personas.

²² MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal”, en *Revista Chilena de Derecho* 48(2) (2021), p. 82.

²³ “[...] la tentativa en el incendio se refiere a un momento anterior de poner o pegar fuego a la cosa y finaliza cuando el sujeto se dispone a pegar fuego al objeto que desea incendiar. Mientras que el delito será frustrado en la medida que el fuego sea puesto en la cosa, pero por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, éste se extinga (p. ej.: una fuerte lluvia que apague el fuego)”. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial*, 2ª ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile (2005), p. 474.

A primera vista, esta pregunta parece comprometernos en el debate de si, a diferencia de la hipótesis de incendio en lugares habitados²⁴, esta subhipótesis del N° 1 del art. 475 –lugar en que “actualmente hubiere una o más personas”– corresponde a un delito de peligro concreto. Tratándose de esta subhipótesis, y sin perjuicio del componente de peligro abstracto que entraña cualquier conducta de incendio, buena parte de la doctrina nacional estima que se trata de un delito de peligro concreto²⁵, sin que nadie en la doctrina nacional se pronuncie expresamente en sentido contrario²⁶. La pregunta que, desde este punto de vista, podría suscitarse es si resultaba necesario determinar si el hecho puso en riesgo –o pudo poner en riesgo, dado el desarrollo de tentativa acabada, correctamente atribuido por la Corte– a una o varias personas. Si Oliver y Etcheberry llevaran razón, en principio y dada la configuración de los hechos, habría sido difícil para la Corte arribar a dicha conclusión. En efecto, de la lectura de los hechos se advierte que no se acreditó peligro alguno para ninguna persona presente en el lugar de los hechos.

En todo caso, parte de esta dificultad no proviene de los hechos de la causa, sino que resulta inherente a los delitos de peligro abstracto. La literatura penal ha reconocido la dificultad de la acreditación de un peligro concreto. Según argumenta Kindhäuser:

Si el injusto de peligro ha de tener un significado autónomo respecto al injusto de lesión –y eso es lo que entienden los defensores del paradigma de la agresión–, entonces también debe concernir a aquellas situaciones en las que después no se ha producido el resultado de lesión. Sin embargo, en tal caso el juicio de peligro se basa en un error del observador, quien, por tanto, no conocía todos los hechos relevantes para un pronóstico correcto del curso causal. Pero ¿se puede fundamentar seriamente un injusto jurídico-penal mediante el error de un observador ficticio? ¿Podemos fingir un observador que se equivoca sobre el curso causal, basar en ese error un juicio de injusto y, entonces, castigar al autor por este injusto, aun cuando aquél no ha lesionado realmente ningún bien jurídico²⁷?

²⁴ La mayor parte de la doctrina estima que, en consonancia con el significado de esta noción en los delitos de robo, tratándose del 475 N° 1, lugar habitado corresponde aquel que sirve de morada a alguien, esté o no presente. Por todos, OLIVER, *ob. cit.*, p. 520.

²⁵ Así, expresamente Oliver, distinguiendo entre esa subhipótesis y la correspondiente a lugares habitados, caso que considera como una figura de peligro abstracto. *Ibid.* Sin matices, y a favor de una concepción de todas las figuras del N° 1 del art. 465 como delitos de peligro concreto, ETCHEBERRY, *ob. cit.*, p. 469.

²⁶ Sin pronunciarse expresamente acerca del punto, por ejemplo, LABATUT, *ob. cit.*, p. 241; GARRIDO, *ob. cit.*, p. 418.

²⁷ KINDHÄUSER, *ob. cit.*, p. 9.

Estas dificultades estructurales para identificar un *resultado* de peligro concreto se agravan en el caso analizado, dado que la conducta por la cual J.M. resultó condenado fue correctamente calificada por el *ad quem* como frustrada. La pregunta que surge en estos casos es cómo acreditar la tentativa acabada (que genera un resultado de peligro equivalente al de la consumación de los delitos de peligro) tratándose de un delito de peligro. En palabras de Kiss, el ejercicio tendría que consistir en nada menos que afirmar que el autor dejó “librada al azar la posibilidad de que ocurra una situación en la cual, a la vez, la posibilidad de daño depende de la casualidad”²⁸. Aplicado al delito de incendio, señala el mismo autor: “[p]ara afirmar por ejemplo una tentativa acabada de incendio con peligro para la vida de una persona habrá que constatar si el autor del hecho se ha representado tantos factores de riesgo detonantes de una ley causal natural como los que habrían sido necesarios para afirmar una tentativa acabada de homicidio. Si la respuesta es negativa, entonces la acción tampoco constituye tentativa acabada de delito de peligro concreto”.²⁹

Si en cambio se estimare que esta subhipótesis del tipo penal es una de peligro abstracto –tesis que, como se dijo, no es explícitamente defendida en nuestro medio–, podría uno a primera vista estar de acuerdo con la Corte y dar por acreditado el delito frustrado de incendio en lugar en que se encuentren personas. En efecto, según se acreditó en el juicio oral, alrededor del lugar en que se desarrolló la tentativa acabada de incendio había muchas *personas*.

Sin embargo, un análisis más detenido del asunto debiera tender a negar la aplicabilidad de este tipo penal por otras razones. Lo cierto es que, sea el tipo analizado de peligro concreto o abstracto, la presencia de personas en el lugar del incendio es un elemento del tipo y, por lo tanto, antes de ver el modo concreto de peligro para el objeto de la acción, lo que toca analizar es si las *personas* que estaban en la estación a la hora de los hechos satisfacen aquella parte de la descripción típica. Se trata de desentrañar si, de acuerdo con la descripción de los hechos afirmada por el TOP, la gente que se encontraba presente en la estación de Metro cuenta como “una o más personas” que el tipo del art. 475 N° 1 busca inmunizar frente a peligros –abstractos o concretos–. Y esto, por cierto, antes siquiera de entrar en la cuestión de si la existencia de estas personas constituía, parafraseando la parte final de esta disposición legal, una circunstancia que el “culpable haya podido prever”.

²⁸ KISS, Alejandro, “Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo ‘adelantado?’”, en *InDret*, N° 1 (2015), p. 18.

²⁹ *Ibíd.*, p. 20.

En lo que probablemente sea la falta más gruesa de la sentencia acá analizada, la Corte decidió eludir olímpicamente esta pregunta, la cual constituyó acaso la cuestión más crucial del debate jurídico llevado adelante por las partes en el juicio oral y que –aunque no todo lo explícitamente que hubiera cabido esperar– estuvo a la base de la subsunción de la conducta de J.M. en el tipo penal del art. 476 N° 2 por parte del TOP.

El argumento jurídico central de la defensa durante el juicio consistió en una interpretación teleológica restrictiva del tipo del 475 N° 1 según la cual las personas cuya presencia es exigida por el tipo no pueden ser aquellas que se encontraban voluntariamente en el lugar en el contexto de las manifestaciones que dieron contexto a los hechos. Alegó la defensa que a la hora de los hechos la estación se encontraba cerrada y no quedaban ya trabajadores del servicio de transporte ni pasajeros atrapados. El argumento, aunque no se indicara expresamente, consiste en un recorte del tipo penal en función de criterios de auto puesta en peligro que, para el caso de delitos de incendio, encuentra fundamento expreso en las actas de las sesiones de la Comisión Redactora del CP. Con relación al tipo del art. 474 del CP, se dejó constancia de que este no era aplicable a “la muerte o heridas de los individuos que voluntariamente se introducen al lugar del incendio para extinguirlo buscando el peligro de que son víctimas, sino solo a los que en los momentos del incendio se hallen cerca”³⁰. A partir de este elemento de la historia de la ley, Oliver, citando a prácticamente la totalidad de la doctrina nacional, constata que “[e]s opinión unánime de la doctrina que no satisface las exigencias típicas de este delito la muerte de quienes voluntariamente se exponen al peligro”³¹.

El TOP, aunque con muy escaso desarrollo, se inclinó a favor esta interpretación restrictiva del tipo y por ende recalificó los hechos –que los acusadores habían subsumido bajo el art. 475 N° 1– bajo el art. 476 N° 2, en razón de dos consideraciones fundamentales: el art. 476, al igual que el 475, es un delito de incendios calificado y que “el objeto del incendio fue una estación de Metro, que es de público conocimiento que todos los días cierra sus puertas a la atención de público antes de la medianoche [...]”³².

El *ad quem* eludió tomarse el punto en serio. Primero, sostuvo que el delito del art. 475 N° 1 es un delito de peligro concreto, subiéndose a sí mismo la

³⁰ RIVACOBA, Manuel, *Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora*. Valparaíso: Ed. Edeval (1974), p. 439.

³¹ OLIVER, ob. cit., p. 519.

³² 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, (6.04.2021), RIT 18-2021, p. 149.

vara argumentativa. Acto seguido, le imputó injustamente al *a quo* no haberse percatado de la relación disyuntiva del tipo penal entre las hipótesis de lugares habitados y lugares donde se hallen personas. Por último, desatendiendo lo resuelto por el TOP y los argumentos de la defensa a su base, se satisfizo, para efectos de acreditar el peligro concreto a las personas, con la consideración de que había quedado “suficientemente acreditado que mientras se iniciaba el fuego, o cuando este ya se encontraba activo, eran numerosas las personas que transitaban o pululaban al interior de la estación La Granja del Metro, situación hipotética descrita por el tipo penal”.

Las presentes críticas buscan mostrar lo insuficiente de la argumentación de la Corte para recalificar el hecho atribuido al imputado, mas no demuestran conclusivamente que haya errado en su calificación. En primer lugar, la doctrina nacional, a partir del antecedente de historia de la ley citado, se limita a sacar conclusiones para el tipo de incendios con resultados de lesión grave o muerte del art. 474. Por lo demás, ella suele excluir de dicho tipo penal los resultados de lesión o muerte de bomberos o personas que hayan intentado combatir el fuego. Que el mismo fundamento sirva para excluir del ámbito del 475 N° 1 a las conductas incendiarias en lugares no habitados cuando pueda entenderse que las personas que se hallen en el lugar lo hacen voluntariamente en el contexto de manifestaciones o, lo que es lo mismo, que esas personas hayan asumido el riesgo de incendio, es algo que no está respondido entre nosotros.

En todo caso, hay buenas razones para sostener esta hipótesis. Una la brindó el propio *a quo*. Si partimos de la base de que no se trataba de un lugar habitado y de que las personas que fueron potencialmente amenazadas en su integridad física estaban activamente participando en “los desórdenes y manifestaciones que había en el sector”³³, resultaba ineludible examinar otros tipos penales para encuadrar la conducta enjuiciada. Y es acá donde el TOP repara en que el artículo 476 N° 2, que también es una hipótesis de incendio calificada asociada a una pena altísima –cuyo tramo más alto, igual que el art. 475, es el presidio perpetuo–, permite encuadrar de forma más adecuada la conducta del autor. Como salta a la vista, la presencia de personas está incorporada en este tipo penal de peligro abstracto, que sanciona al que “dentro de poblado incendiare cualquier edificio o lugar, aun cuando no estuviere destinado ordinariamente a la habitación”.

³³ *Ibíd.*, p. 45.