

Santiago, diecisiete de abril de dos mil veintitrés

**Vistos:**

En estos autos Rol N° 26.037-2019, por sentencia de primer grado de fecha catorce de febrero de dos mil dieciocho, se condenó a Pablo Mychael Espinoza Palavecino, a la pena de 61 días de presidio militar menor en su grado mínimo, más accesorias, como autor del delito de deserción simple en tiempos de paz sancionado en el artículo 314 N°4 del Código de Justicia Militar, en relación a los artículos 316 y 317 del mismo texto legal, sustituyendo la pena privativa de libertad por la de remisión condicional, quedando sujeto a observación por el lapso de un año en la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile

Impugnada esa decisión por la vía del recurso de apelación, la Corte Marcial, por sentencia de 27 de agosto de 2019, la confirmó con declaración que se le condena a 61 días de reclusión militar menor en su grado mínimo

En contra de ese fallo la defensa del encartado dedujo recurso de casación en el fondo.

**Considerando:**

**PRIMERO:** Que la defensa interpone recurso casación fondo, fundado en el numeral tercero del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por infracción del artículo 9° del Código Civil, toda vez que dio carácter retroactivo a las normas del D.F.L. 338 del Ministerio de Hacienda publicado el 6 de abril de 1960 y a la Ley N° 18.834, dictadas con posterioridad al Código de Justicia Militar, en cuanto a la definición de licencia médica que no se corresponde a la voz licencia del N° 4 del artículo 137 del Código de Justicia Militar. Sostiene que este último, tiene un significado distinto al contemplado en las normas por



las cuales se le condena, de forma que, esta licencia médica no se encuentra contemplada en la descripción del delito que se le imputa.

Denuncia infringidos también los artículos 1° del Código Penal y 314 N° 4 del Código de Justicia Militar al considerar que la licencia médica, a que se refiere el fallo, se puede subsumir en la segunda norma denunciada.

Espeta que, el delito de deserción, descrito en la norma, como: “el que, habiendo obtenido licencia, no se presentare a su cuerpo dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que expirare su permiso”, difiere del utilizado en el fallo, porque éste le dio una extensión y un alcance que no correspondía al tipo penal; el cual se refiere a aquellos militares que obtuvieron un permiso por razones extraordinarias y no a aquellos que obtuvieron permisos por razones de salud, como es el caso. Estima que esta situación, solo podría generar responsabilidad administrativa pero jamás penal.

Indica que el error de derecho influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo al considerarse como delito un hecho que no lo es y condenar por el artículo 314 N° 4 del Código de Justicia Militar.

**SEGUNDO:** Que, previo al análisis de los recursos, es conveniente recordar que en el motivo quinto del fallo de primer grado *–hecho suyo por la sentencia impugnada–*, se tuvieron por establecidos los siguientes hechos:

*“Un Cabo Segundo de dotación del Campo Militar “Pozo Almonte” de la Comuna de Pozo Almonte, quien se encontraba con licencia médica, tomando personal de la Unidad constante contacto con él para conocer como evolucionaba su estado de salud, a fines del mes de agosto de 2016 se perdió todo contacto con el cabo segundo, no recepcionándose ninguna licencia más hasta la fecha en que comenzó a contabilizarse la falta a su servicio, esto es desde el día 18 de noviembre de 2016 completando la falta a ocho días*



*consecutivos al 25 de noviembre de 2016*”; la situación fáctica trascrita, fue calificada como un delito de deserción simple en tiempo de paz, figura típica y antijurídica descrita y sancionada en los artículos 314 N° 4, 316 y 317 del Código de Justicia Militar.

**TERCERO:** Que, respecto de la causal intentada cabe considerar que el delito de deserción, específico respecto de los militares, en la hipótesis descrita en el numero 4° del artículo 314 del Código de Justicia Militar, desde el punto de vista de la técnica legislativa y su naturaleza jurídica, ha sido establecido como un delito de omisión y dentro de aquellos que la doctrina denomina como delito de “omisión propia”, siendo la conducta sancionada consistente “en no presentarse a su cuerpo dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que expirare su permiso”

El concepto licencia, cuestionado por la defensa, debe entenderse como cualquier permiso o dispensa que se hubiere dado a algún funcionario militar. Lo anterior permite tener por justificada su ausencia del cuerpo o recinto militar, durante cierto lapso de tiempo. Así entonces la licencia en el sentido utilizado por el Código de Justicia Militar puede obedecer a cualquier motivación, ya sea por feriado, por salud, o en virtud de cualquier circunstancia particular.

Terminado el plazo de la licencia, dispensa o permiso otorgado, el mandato legal para el militar es presentarse a su servicio o unidad, de manera que si no lo hace dentro del plazo establecido en la norma en estudio, se entiende consumada la conducta omisiva y perfeccionado típicamente el delito de deserción militar.

Como se viene razonando, el concepto licencia -que cuestiona la recurrente- y que se encuentra tipificado en el numeral 4° del artículo 314 del Código de Justicia Militar, debe entenderse de manera genérica, esto es, como



un permiso que se le otorga a un militar para dispensarlo temporalmente de sus funciones, pero con la obligación de regresar al cumplimiento de ellas luego de haber terminado el plazo de la dispensa o licencia.

El legislador, al describir el tipo penal de la deserción, incorporó como un elemento normativo del tipo, el concepto de licencia, de manera amplia, sin formular distinción alguna. Siendo entonces la “licencia médica” una de las formas que puede adoptar el concepto general de licencia y/o permiso otorgado, la cual tiene un plazo de término, y luego de que el período se agotó, existe la obligación para el militar de presentarse a su cuerpo institucional.

**CUARTO:** Que, de este modo, lo que se ha querido, con la tipificación formulada en esta disposición penal, es ampliar las barreras de protección de los bienes jurídicos específicamente militares, pues no solo sanciona el abandono activo del servicio militar, sino también la conducta omisiva de no presentarse luego de haber terminado el período de un permiso, y basta el incumplimiento por parte del sujeto activo de la conducta omisiva descrita en la ley para que se entienda afectado el bien jurídico que se protege. La norma no exige establecer el motivo del permiso, sino el hecho de no presentarse al servicio a partir de su extinción.

El hecho descrito y acreditado en el considerando tercero del fallo, esto es, no presentarse el Cabo Segundo don Pablo Mychael Espinoza Palavecino a su unidad militar dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que expiraba el permiso que antes se le había otorgado, se encuadra perfectamente y cumple con los extremos del tipo legal de deserción simple exigidos en el artículo 314 N° 4° del Código de Justicia Militar en relación a los artículos 316 y 317 de ese mismo cuerpo legal



**QUINTO:** Que, de esta manera, no existió una errónea calificación del delito en la sentencia recurrida, por lo que el recurso no puede prosperar

Y de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, se declara que **se rechaza** el recurso de casación en el fondo formalizado por el encausado **Pablo Mychael Espinoza Palavecino**, en contra de la sentencia dictada por la Corte Marcial, por sentencia de 27 de agosto de 2019.

Regístrese y devuélvase con sus Tomos y agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Valderrama.

**Rol N° 26037-2019.**

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., la Ministra Suplente Sra. María Carolina Catepillán L., los Abogados Integrantes Sr. Eduardo Morales R., Sra. Leonor Etcheberry C., y el Auditor General del Ejército Subrogante Sr. Eduardo Escanilla A. No firma la Ministra Suplente Sra. Catepillán y el Auditor General del Ejército Subrogante Sr. Escanilla, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber concluido su período de suplencia y por estar ausente, respectivamente.





XRSXXEYXKWT

En Santiago, a diecisiete de abril de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

