

**Fallo:**

Santiago, diecinueve de junio de dos mil veinte.

**Vistos:**

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, en causa RUC 1.600.123.052-6 y RIT 5-2020, por sentencia de nueve de marzo de dos mil veinte, condenó a J. H. R. Z. a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor de los delitos reiterados de abuso sexual en contra de la menor de 14 años, en perjuicio de la niña C.A.S.C., ilícitos cometidos entre los años 2009 y 2011. Asimismo, se le condenó a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para el desempeño de cargo u oficio público y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante el tiempo de la condena, más las costas del juicio. Se le impusieron, además, las sanciones establecidas en los artículos 372 y 372 ter del Código Penal.

La Defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el primero de junio del año en curso, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos.

**Y considerando:**

Primero: Que, el recurso de nulidad se sustenta, de forma principal en la causal de invalidación contemplada en el artículo 374, letra e) con relación al artículo 342, letra c) , ambos del Código Procesal Penal, en lo que guarda relación con la existencia delito consumado de abuso sexual en menor de 14 años, contemplado en los artículos 366, bis y ter del Código penal, en carácter reiterado de conformidad al artículo 351 Código Procesal Penal, denunciando como infringido el principio lógico derivado de la razón suficiente, que denomina como corroboración.

Estima que, en la dictación de la sentencia, se ha vulnerado la normativa que rige la valoración de la prueba, en la que el artículo 297, inciso primero del Código Procesal Penal, resulta pieza central al establecer un límite a la libertad de los juzgadores. Como intenta demostrar, estima que resulta imposible la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar el veredicto condenatorio, al cual se arriba, debido a que, en su construcción, el juzgador vulneró las normas de valoración probatoria, especialmente las limitaciones que impone la obligatoria aplicación de los principios de la lógica.

Explica que, el considerando quinto del fallo, en el cual se describen los medios de prueba, se señala la víctima que declaró, de iniciales C.A.S.C., dio cuenta de distintos episodios en los que estaba sola y, por tanto, siendo la único testigo presencial, salvo en el hecho en que relata que, estando en su casa al cuidado de su hermana mayor, el imputado la tocó, le bajó los pantalones y la ropa interior, se subió encima de ella, siendo sorprendido por la hermana mayor, la testigo B., quien era la pareja de imputado en esa época. Agrega que, en todos los demás hechos —respecto de los cuales no existe precisión en la fecha— no existieron más testigos, ya que quienes depusieron, repitieron su relato, sin ser presenciales.

Afirma que, si bien la valoración de la prueba es libre, jamás puede ser arbitraria. Esto, por expresa disposición del conjunto de las normas que regulan esta materia, conformado, entre otros, por el ya citado artículo 297, y por los artículos 36 , 296 y 340 , todos del Código Procesal Penal, que establecen la forma como los sentenciadores deben dar por acreditados los hechos. Así, instituida la libertad de prueba, la ley establece un marco regulatorio a cuyo control están sujetas todas las decisiones jurisdiccionales, a fin de precaver los errores y la arbitrariedad y que, de producirse, hace procedente la nulidad de ellas, requisitos de fundamentación que se vuelven más estrictos tratándose de una sentencia condenatoria.

La forma como el tribunal debe respetar el marco regulatorio establecido en el artículo 297 es ajustando su decisión a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. En la práctica, significa que el razonamiento de los jueces debe estar construido como un encadenamiento lógico entre las diversas etapas o fases del raciocinio, tal como lo impone la letra c), del artículo 342 en que se funda precisamente este recurso de nulidad.

Pide anular el juicio y la sentencia impugnada, determinando el estado de procedimiento en que debe quedar, a fin de que tribunal no inhabilitado que corresponda disponga de la realización de un nuevo juicio oral.

Segundo: Que, de forma subsidiaria, el arbitrio se funda en la causal de nulidad contemplada en la letra b), del artículo 373 del Código Procesal Penal, al haberse efectuado, en el pronunciamiento de la sentencia, una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación al delito consumado y reiterado de abuso sexual. En este sentido, señala que se ha infringido lo dispuesto en los artículos 351 del Código Procesal Penal, y los artículos 1° , 366 bis, 366 ter, artículo

74 y 75 del Código Penal Expone no se trata de un error en la forma de interpretación de la norma, ya que es sabido es que el artículo 351 del código adjetivo, consagra la reiteración de delitos y, al no existir norma expresa que consagre delito continuado de abuso sexual, pareciera ser que no se puede plantear esta causal. Pero, sin embargo, agrega que como es sabido, tanto la doctrina como jurisprudencia han recogido este tema, siendo éstas fuentes del derecho, cabe por tanto plantear errónea aplicación del derecho en este caso, más cuando los tribunales superiores han resuelto de diferentes maneras.

Explica que, en nuestro país, el tema se encuentra claramente zanjado en los delitos patrimoniales, donde es aceptada la doctrina de los delitos continuados. Sin embargo, respecto de bienes jurídicos personalísimos –como la libertad sexual– existen decisiones en uno y en otro sentido. Considera que esta Corte pareciera inclinarse por aceptar esta interpretación, en sentencias (cita SCS N°s 3.385-05 y 4.245-05) que declaran inadmisibles recursos de queja contra resoluciones que dan lugar al delito continuado en esta clase de delitos.

Estima que la sentencia aplicó inadecuadamente las citadas normas, puesto que calificó las figuras penales como un delito reiterado y no como delito continuado, aplicando erróneamente el derecho en este caso concreto. A la defensa le asiste la convicción jurídica que, respecto de los hechos acreditados por el tribunal, se está en presencia de la institución que la doctrina nacional e internacional denomina como delito continuado.

Solicita se invalide la sentencia y se dicte una sentencia de reemplazo en la cual se condene al imputado como autor del delito continuado de abuso sexual, determinando el quantum de la pena en el mínimo, esto es de tres años y un día a cinco años de presidio menor en su grado máximo, con la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, accesorias legales y sin costas.

Tercero: Que, en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada en su fundamento octavo estableció que, "...desde el año 2009, el acusado J. H. R. Z., quien a la época era pareja de B. V. C., hermanastra de la niña C.A.S.C. de 8 años, y en diversas oportunidades que éste estaba de visitas en el domicilio de la víctima, ubicado en XXXXX Arica, aprovechaba oportunidades que se generaban para realizar actos de relevancia y significación sexual con tocamientos en el cuerpo y vagina de la víctima. Conductas que se reiteraron en el tiempo hasta que en el año 2011 en que el acusado ingresó al dormitorio del inmueble señalado, estando con los pantalones abajo y encima de la víctima realizaba movimientos frotando su pene por el cuerpo y vagina de C.A.S.C.".

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como constitutivos del delito consumado, de abuso sexual en menor de 14 años 366 bis y ter del Código Penal, en carácter reiterado de conformidad al artículo 351 Código Procesal Penal.

Ahora, en relación a los puntos abordados en la causal principal, el fallo en el considerando décimo desestimó la teoría de la defensa, señalando expresamente que, "...para los jueces de la mayoría, la declaración de todos los testigos y los peritos, nos resultaron creíbles por cuanto se trata de testigos que narraron hechos que cayeron directamente bajo sus sentidos, esto es, lo que escucharon de boca de la propia ofendida, o bien que se circunscribieron a las interacciones que tuvieron con la víctima y su comportamiento luego de verse sometida a los ataques sexuales de parte del acusado. Más aún, la forma como entregaron sus declaraciones, en las que apreciamos honestidad y sinceridad en sus palabras, permiten reafirmar su fuerza probatoria haciendo que su versión de los hechos resulte creíble y como un medio acorde con la imputación efectuada. No advertimos un ánimo ganancial o confusión en las afirmaciones que la niña de iniciales C.A.S.C. realizó, por cuanto lo que narró, lo vivenció de forma directa, relatando lo ocurrido en tiempo real, efectuando una develación de los hechos en una primera oportunidad ante los profesores del colegio que le solicitaron explicaciones a parte de su comportamiento autoflagelante; y en una segunda oportunidad ante la consulta de la psicóloga Angélica Martínez, quien concurrió al colegio de la niña cuando esta cursaba el 8vo Básico para aplicar un instrumento llamado "joven sano", momentos en que la niña procedió a develarle que había sido objeto de abusos sexuales y que esto ya lo había denunciado el año anterior, pero que por miedo, no quiso contar lo que le había ocurrido. En ese mismo sentido se contó con la prueba documental que corroboró las circunstancias de la develación respecto de las cuales declararon la mayoría de los testigos. Por lo demás, desde que la joven se decidió a contar lo ocurrido, dirigió sin vacilaciones, como protagonista del injusto que le aquejó, al acusado J. R. Z.

Por otro lado, se observó en el relato de la víctima, como del resto de los testigos, una ausencia de incredulidad subjetiva que pudieran resultar de las tendencias fantasiosas de la víctima como un posible motivo impulsor de sus declaraciones. Del mismo modo no se vislumbró la presencia de algún tercero inductor del relato de la víctima, de su madre o su hermana que pudieran estar influyendo negativamente en su persona para mantener un relato falso o fabulado. Esto fue confirmado por el peritaje de credibilidad del testimonio, en que se descartaron las hipótesis alternativas de fabulación,

incapacidad y ganancia secundaria, prevaleciendo la tesis de que el relato se condice con las experiencias vividas por C.A.S.C.

Así, no es posible inferir falsedad en el relato de la niña, más si como sostuvo la perito, el relato se vio validado por diversos criterios de credibilidad, debiendo tener especial consideración para descartar la fabulación el criterio de reconocimiento de falta de memoria, ya que justamente la honestidad al reconocer no recordar todos los eventos y detalles de los mismos, da cuenta de una declaración que no es aprendida y por tanto, tampoco falsa.

En el mismo sentido pudo descartarse la falsedad en el relato, ya que se acreditó de modo conteste por la prueba testimonial que el evento del año 2011, en que el acusado fue sorprendido por B. V., su cónyuge y hermana de la víctima, siendo testigo presencial ocular de lo ocurrido en cuanto observó que el acusado y la C.A.S.C. se encontraban desnudos desde la cintura hacia abajo; él, con el pene erecto y frotándose en el cuerpo de la víctima; y ella, sobre la cama de cúbito dorsal. Este hecho fue silenciado por la testigo y la víctima, cuestión que tuvo un correlato probatorio transversal en el juicio, ya que tanto la prueba testimonial y documental dieron cuenta de este hecho sin lugar a dudas; debiendo tener presente además que el silencio se motivó y amparó en las fervientes creencias religiosas de ellas, quienes insertas en un sistema de formación religiosa (sus propias declaraciones, declaración de la madre, declaración de las peritos trabajadoras sociales y psicóloga Marcela Valle, declaración de la tía y Génesis Fuentes), creyeron o quisieron creer que al acusado se le había metido un demonio en el cuerpo, y juraron por Dios no contar lo ocurrido a requerimiento de la madre del acusado, Patricia Fuentes (declaración de Paula Orellana, funcionaria de la PDI), quien además les infundió el temor de que si lo ocurrido se sabía por el padre de la niña C.A.S.C., este era capaz de haber dado muerte al acusado, ya que la niña era su única hija, cosa que la víctima creyó posible porque desde siempre su padre afirmó tal cosa, en caso que alguien le hiciera algo. De este modo, este contexto relatado por los testigos y el resto de la prueba, reviste la declaración de la víctima de credibilidad, toda vez que explicó el motivo por el cual no develó lo que sufrió por tanto tiempo y el hecho descubierto de modo flagrante por su hermana.

Por otra parte, dio cuenta de la ausencia de una ganancia secundaria, que la develación de la niña fuera casi forzosa, ya que pese a pesar sobre ella un juramento de silencio, no pudo callar lo sufrido, dado la presión psíquica que padecía y que la llevó a autoflagelarse cortándose brazos y piernas (Rolan Sepúlveda dijo que vio el brazo de la niña y relató que la presión psíquica la llevó a ello). Por lo demás la perito Marcela Valle pudo descartar la hipótesis de la ganancia secundaria, debido que en la generalidad de los casos, el develar este tipo de hechos trae aparejado perjuicios para quien lo hace, lo que vio reflejado en el informe diagnóstico DAM, en que el testigo Rolan Sepúlveda dio cuenta que entre la sintomatología que padecía la niña, estaba el sentimiento de estigmatización, perjuicio que se contraponen con alguna ganancia secundaria, reapareciendo según la perito Valle, la sintomatología del estrés postraumático al momento del peritaje, ya que la niña no había logrado terminar su terapia correctamente.

En ese mismo orden de ideas, estos jueces apreciaron que la única ganancia secundaria que pudo perseguir la víctima, pudo ser mantener la homeostasis familiar, lo que se mantuvo en el período en que guardó silencio, no exponiendo a sus padres a lo ocurrido y evitando el riesgo de perder a su padre por alguna reacción arrebatada de aquel, así como no perjudicar a su hermana, que estaba casada y tenía tres hijos con el acusado; sin embargo la niña no pudo guardar el silencio porque la presión psíquica fue insoportable y se dio cuenta del riesgo que importaba el acusado para las otras niñas con quien compartía. Los razonamientos anteriores hacen plausible observar en el relato de la niña y en el de todos los testigos, ausencia de móviles espurios, de odio o resentimiento, enemistad o venganza, que enturbien la sinceridad de sus declaraciones y que hagan dudosa su credibilidad, testimonios que despejan la incertidumbre y toda sospecha incompatible con la formación de una convicción condenatoria sobre bases firmes a que han arribado los jueces de la mayoría".

Cuarto: Que, respecto de la causa principal del agravio, útil resulta tener en consideración que la ley exige respecto del examen de fundamentación de las decisiones jurisdiccionales que los tribunales asienten ciertos hechos y expresen los medios que sustentan esas determinaciones fácticas, ya que la motivación de la sentencia legitima la función jurisdiccional y permite conocerla no sólo al acusado sino a todos los intervinientes en el proceso criminal. Este proceso, entonces, supone exponer razones, formular interpretaciones y exponer posiciones sobre las tesis que sustentan las partes en el juicio, plasmando en la decisión el convencimiento alcanzado y el razonamiento que respalda la convicción adoptada.

Así, entonces, revisada la sentencia atacada para los efectos de tutelar la satisfacción de los mandatos antes descritos, forzoso es concluir que el reproche no es efectivo, pues el fallo cumple con todas las exigencias antes referidas: el tribunal recurre a la prueba rendida en juicio y expone las reflexiones que condujeron a los jueces inequívocamente al establecimiento del delito y a la participación que se atribuye al acusado, motivaciones que se exhiben sobre los medios de prueba ofrecidos, los que fueron

apreciados por los juzgadores en la forma y dentro de los límites señalados en el artículo 297 del Código Procesal Penal, por lo que lo expresado para dar valor a los testimonios y demás pruebas presentadas en la audiencia no se traduce, en modo alguno, en una contravención del principio lógico derivado de la razón suficiente denominado de corroboración, pues el fallo aporta sus motivos y expresa con claridad cómo y por qué tuvo por establecida la participación del acusado Reed Zúñiga, en los hechos configurados.

Así se lee de los motivos octavo, noveno, décimo y decimoctavo del fallo, que dan cuenta de la tesis del tribunal sobre la forma de ocurrencia de los acontecimientos y la inexistencia de motivos para aceptar los postulados de la defensa, de manera que no resulta efectiva la omisión que se acusa ni menos que lo decidido se afiance solamente en una apreciación parcial de la prueba, toda vez que lo expuesto en tales motivaciones da cuenta tanto de los presupuestos de hecho como de las conclusiones normativas de los sentenciadores y que fundan el rechazo de la tesis defensiva.

Por lo expresado, en lo que se refiere a esta causal, el recurso será rechazado.

Quinto: Que, el motivo subsidiario del recurso se asila en el artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal, por el cual se reclama la errónea calificación de los ilícitos, al sostener que son reiterados, en vez de continuados.

En torno al delito continuado alegado por la defensa, resulta pertinente recordar que su existencia no se encuentra expresamente reconocida en nuestra legislación positiva y que es el fruto de la doctrina y la jurisprudencia. Se habla de delito continuado para referirse a varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, considerada en forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie; no obstante, lo cual han de ser tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellas (Cury, Enrique, Derecho Penal, Editorial Jurídica, 1985, t. II, p. 275). En el mismo sentido: "Con arreglo a ella, (teoría de la alternación) la reunión de los diversos actos aisladamente considerados delitos objetivamente autónomos en una unidad de acción presupone subjetivamente que el autor renueve la misma resolución delictiva o una similar, bajo el efecto motivador de circunstancias equivalente o esencialmente equivalentes" (SCS N° 2.863-2003, de 30 de enero de 2006).

En relación con este tópico, suele señalarse que, para estar en presencia de un delito continuado, deben concurrir una serie de requisitos, tanto objetivos como subjetivos. Del primer orden son: la pluralidad de acciones u omisiones, la unidad de ley violada y, para algunos, la identidad del sujeto pasivo. De índole subjetiva es el requisito de unidad de designio, propósito, intención o dolo.

También se incluyen en la doctrina ciertos elementos de carácter secundario que, fundamentalmente, permiten dar por establecido alguno de los requisitos mencionados. Aquí se ubican la unidad o identidad de ocasión, la conexión espacial y temporal, y el empleo de medios semejantes.

Si bien en nuestro país, la figura del delito continuado no tiene reconocimiento legal, se acepta su aplicación, como política morigeradora de penas, para casos como los delitos contra la propiedad o en que no existen pruebas para distinguir y separar en el tiempo las diferentes acciones.

Sexto: Que, de acuerdo con el hecho asentado por los jueces del fondo, que se reprodujo en el considerando tercero del presente fallo, el sujeto activo no ha hecho otra cosa más que reiterar una conducta delictiva entre los años 2009 y 2011, época en la cual era pareja de B.V. C., hermanastra de la víctima, y en diversas oportunidades que éste estaba de visitas en su domicilio, ubicado en XXXXX Arica, aprovechaba oportunidades que se generaban para realizar actos de relevancia y significación sexual con tocamientos en el cuerpo y vagina de la víctima, de manera que lo que correspondía era aplicar en la especie el artículo 351 del Código Procesal Penal, como acertadamente lo establecieron los sentenciadores del fondo.

Séptimo: Que, el delito continuado, sin perjuicio de carecer de consagración legal en Chile, ha significado hondas discrepancias en la doctrina, lo que, como dice el Profesor Eduardo Novoa, hace imposible al intérprete apoyarse en ella con cierta consistencia (Novoa, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Editorial Conosur, 1985, t. II, p. 291), de manera que, de acuerdo a este autor en doctrina debe aplicarse el texto desnudo de la ley positiva vigente y, "para la ley chilena, el que realiza varias acciones distintas que están legalmente tipificadas, comete varios delitos, a no ser que el propio tipo dé a entender claramente que la pluralidad de acciones integra una sola infracción penal" (op. cit. , p. 292), lo que no acontece en la especie.

Octavo: Que, por lo demás, aun aceptándose la posibilidad de entender continuada una determinada conducta prolongada del sujeto activo, en el caso que nos ocupa no puede concluirse que por el mero hecho de repetir entre los años 2009 y 2011 acciones de significación sexual y de relevancia, mediante contacto corporal, con la niña de iniciales C.A.S.C., el agente tuvo un mismo designio

crimonoso: simplemente se trata de un sujeto que, aprovechándose de su presencia en la casa de su pareja de entonces, le efectuó tocaciones en diversas partes de su cuerpo, principalmente, en su vagina, conducta que fue en escalada, llegando al final del periodo a frotar su miembro con el cuerpo y la vagina de la niña, excluyendo por ello la unidad del dolo, lo implica, desde luego, la reiteración de una conducta delictual, aun cuando no se pueda saber exactamente el número de veces que ello ocurrió.

Noveno: Que, en consecuencia, en el caso en estudio, se descarta la aplicación del carácter de continuado del delito que se estableció, pues de los hechos que el fallo ha tenido por comprobados, se colige que el agresor afectó la indemnidad sexual a través de acciones separadas en el tiempo, en un distinto contexto situacional y sin unidad de dolo, por lo que el presente acápite del arbitrio tampoco puede prosperar y en consecuencia la causal de invalidación, deducida de forma subsidiaria en recurso de nulidad imputado por la defensa de J. H. R. Z., será desestimada.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo dispuesto en los artículos 359 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa de J. H. R. Z., en contra la sentencia de nueve de marzo de dos mil veinte y del juicio oral que le antecedió, en el proceso RUC 1.600.123.052-6, RIT 5-2020 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, los que en consecuencia, no son nulos.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Künsemüller, quien fue de parecer de acoger el recurso de nulidad propuesto por la Defensoría Penal Pública, respecto del motivo de invalidación hecho valer de forma principal, teniendo para ello en consideración que la prueba de cargo incorporada durante el juicio oral por el Ministerio Público solamente permitió, con cierta precisión, la determinación de un único evento de abuso sexual, perpetrado en el año 2011. Sin embargo, en concepto del disidente, los elementos de convicción resultaron del todo febles para tener por acreditado hechos distintos al anotado y, asimismo, circunstancias específicas que les pudiesen otorgar precisión temporal. La reiteración delictiva es una modalidad del concurso real o material de delitos, que exige la ejecución o participación de un sujeto en dos o más hechos punibles jurídica y fácticamente independientes (Cury, Enrique, Derecho Penal, Parte General, Editorial Jurídica, 1985, t. II, 7ª edic. p. 659); debe tratarse de varios hechos, cada uno de ellos constitutivo de delito, esto es, una pluralidad de hechos punibles, no una mera pluralidad de acciones (Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal, Editorial Jurídica, 1998, t. II, 3ª edic., p. 115). En este caso, no aparece satisfecho este requisito, esencial del concurso real de delitos, que exige la prueba de cada hecho punible en particular, con todos sus elementos típicos propios.

Al no haberse determinado tales circunstancias, no existe por tanto la certeza necesaria para establecer el número de eventos o su data, de forma tal que, dado lo anterior, resulta imposible establecer, en el estándar requerido por el legislador, la existencia de una pluralidad de delitos que puedan ser agrupados bajo el concepto de reiteración, que supone la imposición de una pena más beneficiosa para el hecho que su imposición por separado.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Llanos, quien fue de opinión de hacer lugar al recurso de nulidad interpuesto por la defensa del acusado, en cuanto se funda en el motivo de invalidación — invocado subsidiariamente— previsto en el artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal, en virtud de las siguientes consideraciones:

1°) Que, el recurrente sostiene que en la sentencia impugnada se incurrió en una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en su parte decisoria, al no dar aplicación, respecto a los hechos materia de la acusación y que se dieron por establecidos, a la figura del delito continuado, por lo que en vez de considerarlos como constitutivos de un solo delito, erradamente concluyó que se trataba de delitos de carácter reiterado, regulando la pena conforme al artículo 351 del Código Procesal Penal, disposición que a su juicio resulta inaplicable.

Considera el recurrente que al no estimarse concurrente el instituto jurídico en comento, se impuso una pena mayor a la que en derecho correspondía, puesto que tratándose de un solo delito —y no varios como se determinó en la sentencia atacada— la pena con que debió sancionarse a su defendido debió ser inferior a la que en definitiva se le atribuyó; 2°) Que, a fin de concluir si en la sentencia impugnada ha existido errónea aplicación del derecho que ha influido en su parte dispositiva, concurriendo el motivo de nulidad del artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal, debe determinarse primeramente si el instituto jurídico invocado por el recurrente —el delito continuado— autoriza, en caso de vulneración del mismo, la nulidad del fallo por haberse omitido el derecho en que correspondía subsumir tales hechos, y haberse aplicado, en cambio, una disposición que no era atingente al caso; en segundo término, y si la respuesta es afirmativa, si efectivamente dicho instituto ha sido vulnerado, esto es, si los hechos probados en el juicio pueden calificarse como delito continuado; y, finalmente, si aquella infracción de derecho tuvo trascendencia en lo resuelto; 3°) Que, para dilucidar la primera interrogante, no es suficiente recurrir únicamente al principio de legalidad que rige el derecho penal. En efecto, éste también se encuentra integrado por una serie de principios e instituciones que, aun cuando

no se encuentran descritas explícitamente en el articulado de los Códigos Penales, emanan del conjunto de sus disposiciones y que han sido aceptadas por los tribunales, en especial teniendo presente su fin humanista. Así, pueden citarse, como ejemplos, los impedimentos a la vulneración de los clásicos principios in dubio pro reo —en materia probatoria—, o non bis in idem —o de prohibición de doble persecución por el mismo hecho—; sino también la incorporación de otros principios que han surgido tanto de la doctrina como del derecho internacional de los derechos humanos, como el de proporcionalidad en la aplicación de las penas, el de última ratio a la hora de aplicar las sanciones más gravosas sólo cuando los fines buscados no puedan alcanzarse por otras más atenuadas; y, dentro de esta línea, creaciones como la del llamado delito continuado, que nos preocupa.

En suma, puede afirmarse entonces que esta última institución forma parte del conjunto de principios, instituciones y normas propios del derecho penal; y que la trasgresión del mismo es constitutiva de una infracción de derecho como si lo fuere de un precepto legal.

Refuerza lo anterior la propia redacción de la ley que contiene la causal de nulidad que se invoca, que habla precisamente que ésta se constituye por una "errónea aplicación del derecho" y no solo por la infracción de preceptos legales. Es útil recordar, al respecto, que la preferencia en el Código de Enjuiciamiento que hoy nos rige por la frase antes citada —en vez de la "infracción de ley" que constituía la causal de casación de fondo del antiguo Código de Procedimiento Penal—, se tuvo en vista precisamente para ampliar su aplicación, "(...) abarcando de este modo todas las fuentes del ordenamiento jurídico" (Cerdeña, Rodrigo y Hermosilla, Francisco, El Código Procesal Penal, Editorial Librotecnia, 2003, p.362); 4º) Que, resuelto lo anterior, corresponde determinar si los hechos asentados en el motivo octavo de la sentencia recurrida pueden ser o no constitutivos de un delito continuado o, si por el contrario y como en ella se determinó, constituyen delitos reiterados de una misma especie, y que por tanto no revisten aquél carácter.

Sobre el particular, es útil tener presente que en el citado fundamento los jueces de la instancia señalan lo siguiente: "...desde el año 2009, el acusado J. H. R. Z., quien a la época era pareja de B. V. C., hermanastra de la niña C.A.S.C. de 8 años, y en diversas oportunidades que éste estaba de visitas en el domicilio de la víctima, ubicado en XXXXX Arica, aprovechaba oportunidades que se generaban para realizar actos de relevancia y significación sexual con tocamientos en el cuerpo y vagina de la víctima. Conductas que se reiteraron en el tiempo hasta que en el año 2011 en que el acusado ingresó al dormitorio del inmueble señalado, estando con los pantalones abajo y encima de la víctima realizaba movimientos frotando su pene en el cuerpo y vagina de C.A.S.C." En la misma sentencia se otorga a tales hechos la calificación jurídica de delitos consumados de abuso sexual de una menor de 14 años, previstos en los artículos 366 bis y 366 ter Código Penal, de carácter reiterado de conformidad al artículo 351 Código Procesal Penal; 5º) Que, como puede advertirse, los hechos anteriormente descritos fueron ejecutados por el mismo sujeto activo, el acusado J. H. R. Z. y respecto de un mismo sujeto pasivo, la víctima C.A.S.C; en todos ellos se infringió la misma norma penal, esto es, los citados artículos 366 bis y 366 ter del Código Penal; y existió homogeneidad del dolo del agente, al obedecer todas las resoluciones delictivas a circunstancias externas semejantes.

Luego, no cabe sino concluir que tales hechos, aunque considerados separadamente pueden ser constitutivos de distintos delitos, por reunir las características antes indicadas deben calificarse como propios de un delito continuado, en la forma como se ha entendido en la doctrina penal y en la jurisprudencia nacional.

En efecto, en el ámbito doctrinario se ha dicho: "Suele señalarse que para estar en presencia de un delito continuado deben concurrir una serie de requisitos, tanto objetivos como subjetivos. Del primer orden son: la pluralidad de acciones u omisiones, la unidad de ley violada y, para algunos, la identidad del sujeto pasivo. De índole subjetiva es el requisito de unidad de designio, propósito, intención o dolo. También se incluyen en la doctrina ciertos elementos de carácter secundario que, fundamentalmente, permiten dar por establecido alguno de los requisitos mencionados. Aquí se ubican la unidad o identidad de ocasión, la conexión espacial y temporal, y el empleo de medios semejantes." (Oliver, Guillermo y Rodríguez, Luis, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte. Año 16, N° 1, 2009, pp. 251-264.).

En el mismo sentido, se ha expresado: "El denominado delito continuado constituye una institución jurídica penal de vasto reconocimiento en el medio local y en, general, en los sistemas comparados. Tras dicha noción se acoge la idea (con variados matices) de que es posible apreciar la comisión de un solo delito (una sola realización típica punible) en una reiteración de hechos o sucesos fácticos independientes, aun y cuando cada uno de ellos, por separado, pudieren ser objeto de una calificación típica individual y por ello penalizados en forma autónoma bajo las reglas del concurso real de delitos. Su aplicación depende de la posibilidad de constatar la concurrencia de un vínculo de conexión entre dichos sucesos que sea de tal naturaleza que habilite a apreciar esta única realización delictiva a partir de todo el conjunto, dando forma a un caso de unidad jurídica de acción. Lo dicho sintetiza el parecer dominante en la doctrina nacional (en forma prácticamente unánime) y la opinión generalizada de nuestra jurisprudencia, tanto a nivel de instancia como de los Tribunales Superiores de Justicia."

Por su parte, este Tribunal ha establecido la siguiente doctrina: "El delito continuado corresponde a varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, considerada en forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, no obstante lo cual han de ser tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellas -siendo este último su requisito más problemático-. Esta figura es reconocida en nuestro sistema jurídico penal, pese a no tener consagración expresa. En efecto, se trata de una institución que encuentra su origen en el derecho consuetudinario, constituyendo un caso característico de creación de ley penal de "bonam partem" (SCS N° 6.710-2008, de 23 de noviembre de 2009); 6°) Que, cabe indicar, asimismo, que no obsta a la aplicación del delito continuado la circunstancia de que la norma penal vulnerada constituya un delito de carácter sexual. Si como se ha dicho, se entiende por delito continuado una pluralidad de conductas ejecutadas en tiempos distintos, cada una de las cuales reúne los requisitos necesarios para ser considerada como delito independiente, pero que presentan ciertos rasgos comunes, tanto en el plano objetivo (unidad de sujeto pasivo y de bien jurídico lesionado), como desde un punto de vista subjetivo (unidad de resolución delictiva), reuniéndose tales condiciones no existe inconveniente para admitir la aplicabilidad de esta figura respecto de la generalidad de los delitos sexuales; aun cuando las situaciones en que ello puede ocurrir son excepcionales. "Una situación imaginable en que ello podría suceder sería la del sujeto que atenta en varias oportunidades en contra de una misma persona, por ejemplo, a título de violación, estupro o abuso sexual, aprovechando, durante toda la secuencia delictual, la persistencia de una misma situación de desvalimiento de la víctima." (Oliver y Rodríguez, op. cit., p.257); 7°) Que, por todo lo anteriormente dicho, a juicio del disidente el fallo impugnado adolece del error de derecho que se denuncia en el recurso y que influyó sustancialmente en su parte dispositiva.

En efecto, al no calificar los sentenciadores como delito continuado los hechos antes descritos y, en cambio, al considerarlos como delitos reiterados de una misma especie, haciendo aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal para regular la pena, impusieron una superior a la que legalmente correspondía (al efectuar el aumento de grado que dicho precepto prevé); toda vez que al no aplicar la institución de derecho en que tales hechos debían subsumirse, la pena que correspondía imponer al acusado, como autor del delito de abuso sexual a una persona menor de catorce años, era la de presidio menor su grado máximo, por cuanto, como se dijo, el hecho debió considerarse como un solo delito continuado, y no como una reiteración de ilícitos.

Luego, en su concepto, procede acoger la causal invocada, anular la sentencia y dictar una de reemplazo que imponga al acusado la pena antes indicada.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y, de las disidencias, sus autores.

N° 33.156-2020.

CARLOS GUILLERMO JORGE HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ

KUNSEMULLER LOEBENFELDER MINISTRO

MINISTRO Fecha: 19/06/2020 10:53:48 Fecha: 19/06/2020 10:53:46 MANUEL ANTONIO VALDERRAMA  
JORGE GONZALO DAHM OYARZUN

REBOLLEDO MINISTRO

MINISTRO Fecha: 19/06/2020 10:53:49 Fecha: 19/06/2020 10:53:48 LEOPOLDO ANDRES LLANOS

SAGRISTA

MINISTRO

Fecha: 19/06/2020 10:53:50 Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Carlos Künsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S. Santiago, diecinueve de junio de dos mil veinte.

En Santiago, a diecinueve de junio de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o

en la tramitación de la causa.

En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

...