

10. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

ABUSO SEXUAL

I. DETERMINACIÓN DE LA PENA. APLICACIÓN DE LA REGLA QUE DETERMINE LA PENA MÁS FAVORABLE AL ACUSADO. II. DELITO CONTINUADO ES UNA CREACIÓN DOCTRINAL Y NO SE ENCUENTRA CONTEMPLADO EN NUESTRA LEGISLACIÓN POSITIVA. PROCEDENCIA DEL DELITO CONTINUADO SÓLO EN DELITOS DE CARÁCTER PATRIMONIAL.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de abuso sexual de menor de 14 años en carácter de reiterado. Defensa de condenado recurre de nulidad; la Corte de Apelaciones rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Santiago*

ROL: *547-2018, de 29 de marzo de 2018*

PARTES: *Ministerio Público con Jaime López Tapia*

MINISTROS: *Sr. Marisol Rojas Moya, Sra. Gloria Solís Romero, y Sr. Juan Manuel Escobar Salas*

DOCTRINA

- En la especie, de conformidad a los hechos acreditados en la sentencia, se refieren dos situaciones fácticas no precisadas en la fecha, pero acontecidas en años distintos, 2007 y 2011, y en lugares diferentes, que afectan a la misma víctima, respecto de actos de significación y de relevancia sexual, constituyendo dos delitos de abuso sexual impropio. Para la determinación de la pena de ambos ilícitos, el tribunal podía aplicar la regla del artículo 74 del Código Penal, concurso material o real, imponiéndole una pena por cada delito, o bien la regla de la reiteración del artículo 351 del Código Procesal Penal, esto es, imponiendo la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados. Debe aplicarse la regla que determine la pena más favorable al acusado, como principio pro reo, y en el caso en comento es, sin lugar a dudas,*

la aplicada por la sentencia recurrida (considerando 4° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

- II. *El delito continuado no se encuentra contemplado en nuestra legislación positiva, siendo una creación doctrinal, que algunas sentencias recogen, pero no existe norma legal que lo consagre, es por eso que el recurrente no señala norma legal a aplicar versus la norma de la reiteración que dice ser aplicada erróneamente; de tal manera no se divisa la manera de que la sentencia recurrida, al no contemplar este delito continuado, hubiera hecho una errónea aplicación del derecho, máxime si en derecho penal sólo la ley es fuente del mismo. Además, tal como se encuentra acreditado el hecho delictual, no estaríamos frente a un delito continuado puesto que no se darían los presupuestos de unidad de acción y unidad de dolo o designio, dado que las acciones son distintas en tiempo y espacio, y, por otro lado, el agente no tuvo un propósito único, sino una intención deliberada de afectar la indemnidad sexual de la menor en cada situación fáctica acreditada. Finalmente, siendo el delito continuado una elaboración doctrinal, la opinión mayoritaria, entre ellas la del profesor Enrique Cury, señala que sólo sería procedente en los delitos de carácter patrimonial, pero se rechaza la aplicación de esta forma delictual a los delitos que afectan derechos personales, como sería el delito de abuso sexual impropio, por el cual fue condenado el recurrente (considerando 5° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

Cita online: CL/JUR/2689/2018

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 74 del Código Penal; 351 del Código Procesal Penal.

LAS DIFICULTADES DOGMÁTICAS DEL DELITO CONTINUADO

NICOLÁS NAVARRETE FASCHING
Universidad de Chile

Mediante resolución de fecha 29 de marzo de 2018, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de un sujeto condenado por el delito de abuso sexual impropio en carácter de reiterado. La corte rechazó la posibilidad de calificar el delito como *continuado*, en reemplazo del carácter *reiterado* que le atribuyó el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

El recurrente fundó su impugnación en la causal de nulidad establecida en el artículo 373, b), del Código Procesal Penal, denunciando una errónea aplicación del artículo 351 en relación con el 385 del mismo cuerpo normativo. Dicha ale-

gación estaba apoyada principalmente en tres argumentos, a saber: i) el carácter indeterminado del momento preciso en que se habrían cometido las conductas típicas; ii) la existencia de una intención permanente en el tiempo, que permitiría identificar una “*unidad de propósito del agente*”, y iii) el carácter homogéneo de las acciones u omisiones separadas que se imputaron. La recalificación se justificaría, además, en el estatuto penológico más benigno que le correspondería a un delito *continuado*, en comparación a uno *reiterado*.

Antes de revisar el razonamiento que llevó a la corte a descartar la posibilidad de que se configure un delito *continuado*, cabe destacar que, en sus considerandos 3° y 4°, ésta invoca un argumento de *trascendencia* para desechar el recurso. En efecto, según tal razonamiento, el hecho de que el tribunal *a quo* haya aplicado el régimen –más beneficioso– establecido en el artículo 351 del Código Procesal Penal, en vez de aplicar la regla general del concurso material (artículo 74 del Código Penal), convierte en intrascendente la petición del recurrente. Pese a ello, parece bastante claro que el hecho de que el *a quo* no haya aplicado el régimen más severo posible no convierte en intrascendente la petición de que se aplique un estatuto aún más benigno. Lo anterior cobra especial nitidez cuando se constata que tanto la defensa como buena parte de la doctrina¹ y jurisprudencia nacional², atribuyen al delito *continuado* un régimen penológico equivalente al que le corresponde a un delito sin relaciones concursales³ (por tanto, es aún más beneficioso para el imputado que el régimen del artículo 351 del Código Procesal Penal).

Respecto al delito continuado, ya habiendo descartado por falta de *trascendencia* la causal invocada, la corte dedica su considerando 5° a explicar las dos razones por las cuales no podría configurarse tal formulación dogmática. Las razones son: i) la inexistencia de *unidad de acción* y *unidad de designio* o dolo; ii) la imposibilidad de que se configure un delito continuado fuera del contexto de los delitos patrimoniales.

I. REQUISITOS DEL DELITO CONTINUADO: UNIDAD DE ACCIÓN Y UNIDAD DE DOLO

Para descartar la existencia de una *unidad de acción*, la corte afirma, sin mayor explicación, que las acciones por las cuales se condenó al imputado “*son distintas*”

¹ Así, por ejemplo, MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno, Parte general*, (Santiago, 2006), p. 453.

² Véase sentencia de la Corte Suprema de 25.08.2009, rol N° 1002-2009, considerando quinto; sentencia de la Corte Suprema de 3.07.03, rol N° 90-2003.

³ Sin perjuicio de que el plus de disvalor se pueda reflejar en la determinación de la pena, vía aplicación del artículo 69 del Código Penal.

en tiempo y espacio". Si bien no resulta posible realizar un análisis acabado de este fundamento (por su precaria fundamentación), resulta al menos paradójico que lo que la corte considera un obstáculo determinante para la configuración de un *delito continuado* sea, por el contrario, estimado como un elemento esencial por buena parte de la doctrina. En efecto, siguiendo a la doctrina clásica, las acciones constitutivas de un delito continuado deben ser i) múltiples y ii) separadas temporalmente⁴, ambos elementos presentes en los hechos objeto de la sentencia impugnada.

Por otro lado, respecto a la inexistencia de una *unidad de desigño* o de dolo, la corte afirma que "*el agente no tuvo un propósito único, sino una intención deliberada de afectar la indemnidad sexual de la menor en cada situación fáctica acreditada*". Este requisito, ampliamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia nacional, constituye un indicador muy claro de los problemas dogmáticos —muchos de ellos sin solución— que presenta la figura en estudio. En efecto, resulta sumamente complejo descifrar el contenido mismo de dicho requisito y, mucho más, identificar alguna hipótesis fáctica en la que se configure. En este punto, las palabras de Novoa⁵, quien afirmaba que "*no hay concepto penal más confuso y anárquico*"⁶ que el de delito continuado, resultan especialmente elocuentes.

En efecto, desde la perspectiva del dolo, no parece posible identificar, sin recurrir a intenciones subjetivas e internas del agente (cuya relevancia típica debe descartarse), situaciones en que, pese a que el actor *sabía* (en las teorías del conocimiento) que sus múltiples actos eran subsumibles en una multiplicidad de hipótesis típicas, o que *sabía y quería* (en las teorías de la voluntad) la realización múltiple de todos los elementos de un tipo, actuó con un dolo "único". Incluso en un caso extremadamente básico que se suele reconocer como un delito continuado, aquel en que un sujeto hurta primero la chaqueta y horas después el pantalón de un traje, parece evidente, siguiendo principios básicos de la dogmática del dolo, que el sujeto actuó con dolo de hurto en las dos ocasiones y que la "intención" del sujeto, de sustraer el traje completo, constituye un buen ejemplo de una intención subjetiva o personal sin relevancia típica⁷.

⁴ Así, por ejemplo, GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, Parte general*, Tomo II, (Santiago, 2005), p. 441; CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal, Parte general*, Tomo II, (Santiago, 1985), p. 279; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal, Parte general*, Tomo II (Santiago, 2004), p. 111.

⁵ Totalmente en contra de la tendencia doctrinaria y jurisprudencial, Novoa levantó desde los años 60 una dura crítica a esta formulación dogmática. Véase, especialmente, NOVOA MONREAL, Eduardo, "el delito continuado en Chile: un fetiche jurídico", en *Revista de Ciencias Penales XXIII* (1964), pp. 139-153, y NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno*, Tomo II, (Santiago, 2005), pp. 236 y ss.

⁶ NOVOA, *Curso de derecho penal chileno*, ob. cit., punto N° 485.

⁷ En un sentido similar respecto a la posibilidad de un "dolo único", CURY, ob. cit., p. 275.

II. CONTEXTO JURÍDICO DE LOS DELITOS CONTINUADOS: DELITOS PATRIMONIALES

La corte, siguiendo un amplio consenso jurisprudencial⁸, descarta la posibilidad de que se configure un delito continuado en el contexto de una afectación de bienes jurídicos “personalísimos”. En efecto, de acuerdo a la opinión general, la aplicación de este estatuto estaría estrictamente reservada para delitos en contra de la propiedad o del patrimonio.

Sin perjuicio de lo anterior, no deja de resultar paradójico que Cury, a quien la corte dice seguir en este punto, acepte abiertamente la posibilidad de que, ante la existencia de una sola víctima, el estatuto del delito continuado se aplique en contextos que escapan a los delitos contra bienes jurídicos patrimoniales⁹ (especialmente frente a la indeterminación del momento preciso de la comisión).

III. POSIBILIDAD DE FUNDAR UN RECURSO DE NULIDAD, POR ERRÓNEA APLICACIÓN DEL DERECHO, EN LA NO APLICACIÓN DEL ESTATUTO DEL DELITO CONTINUADO

Fuera de los argumentos relativos a los requisitos del delito continuado, la corte afirma que la categoría corresponde a una creación doctrinal y jurisprudencial, razón por la cual no podría fundar un recurso de derecho estricto por errónea aplicación del derecho, como lo es el recurso de nulidad penal. Esta afirmación resulta extremadamente compleja, pues, junto a afirmar (y aparentemente aceptar) que la jurisprudencia utilice al delito continuado como categoría dogmática válida, se rechaza la posibilidad de que su aplicación (o falta de ella) pueda constituir *una errónea aplicación del derecho*, en términos de lo dispuesto por el artículo 373, b), del Código Procesal Penal.

El origen de la muy persistente idea de que el delito continuado tiene una fuente única y exclusivamente doctrinaria y jurisprudencial puede encontrarse probablemente en el que se considera su origen histórico (creación judicial de carácter humanitario¹⁰). Pero ello, por supuesto, no puede sustentar una aplicación legítima en nuestro sistema jurídico penal, pues no les corresponde a los tribunales (sino al legislador) tomar este tipo soluciones penológicas. En este mismo sentido, la corte parece desconocer que, por sus características propias como fuentes del

⁸ Véase sentencia de Corte de Apelaciones de Arica de 17.12.12, rol N° 307-2012; sentencia de Corte de Apelaciones de Coyhaique de 8.08.2011, rol N° 57-2011; sentencia de Corte de Apelaciones de San Miguel de 20.06.11, rol N° 643-2011.

⁹ Véase CURY, ob. cit., p. 279 (especialmente literal “cc”), en el mismo sentido, GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, Parte especial*, Tomo III, (Santiago, 2010), p. 300.

¹⁰ Véase, CURY, ob. cit., pp. 274 y 275.

derecho, la jurisprudencia y la doctrina sólo pueden servir de fundamento para defender cierta interpretación de las normas.

En consecuencia, siguiendo lo dicho por Maldonado¹¹, puede afirmarse que el único espacio de aplicación dogmática legítima de la categoría en estudio se encuentra en la *tipicidad* de los distintos delitos (potencialmente continuados). Esto es así, en primer lugar, porque en nuestra legislación positiva no se consagra (al menos explícitamente) la categoría de delito continuado, y, en segundo lugar, porque, como se dijo, las consecuencias penológicas que se le atribuyen no pueden derivar de una mera decisión jurisprudencial fruto de apreciaciones político-criminales.

La anterior conclusión tiene como efecto el desplazar el problema del *delito continuado* desde la parte general del derecho penal (donde se posiciona como una forma específica de unidad jurídica de acción) a la parte especial, en la que –eventualmente– permitiría describir una forma específica de realizar un tipo penal en particular. En este sentido, para que se configure un delito continuado sería necesario poder afirmar que la realización múltiple de los elementos de un tipo (que en principio tendría la forma de una mera reiteración) puede subsumirse dentro del límite de la respectiva norma de conducta quebrantada. En otras palabras, es necesario que pueda afirmarse que la mejor interpretación (por ejemplo, siguiendo el principio *pro reo*) de la respectiva norma de conducta quebrantada, permite arribar a la conclusión de que la realización múltiple de los elementos del tipo se encuentra dentro del contorno del respectivo tipo penal. En este sentido, se podría afirmar que un *delito continuado* es la forma de realización del tipo más “extensa” en cuanto a su cercanía con los límites de la propia norma de conducta.

El anterior razonamiento resulta extremadamente valioso para analizar lo afirmado por la corte. En efecto, de aceptarse este entendimiento (que debe considerarse el único de aplicación legítima), la discusión en torno a la posibilidad de aplicar el estatuto del *delito continuado* es una cuestión de *interpretación del tipo* y, por tanto, de correcta aplicación de la norma de conducta, cuestión que, por supuesto, puede y debe revisarse en el contexto de un recurso de nulidad fundado en el artículo 373, b), del Código Procesal Penal¹².

¹¹ MALDONADO FUENTES, Francisco, “Delito continuado y concurso de delitos”, en *Revista de Derecho (Valdivia)* 2 (2015), pp. 216-223.

¹² Por tanto, siguiendo este orden de ideas, el recurso deducido por el defensor debió impugnar, principalmente, el error de derecho que se produjo con la concreta aplicación que el TJOP le dio a la norma de conducta quebrantada.

CORTE DE APELACIONES:

Santiago, veintinueve de marzo de dos mil dieciocho.

VISTOS:

En estos autos rol N° 1300717301-0, RIT 387-2017, del Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, con fecha quince de enero de dos mil dieciocho se dictó sentencia por la cual se condenó a Jaime Eduardo López Tapia, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales, como autor del delito de abuso sexual de menor de 14 años en carácter de reiterado, perpetrados en días y horas indeterminados del año 2007 y 2011, en la comuna de La Florida, en contra de su hija J.L.T., sin pena sustitutiva.

En contra de la referida sentencia, el defensor particular Eduardo Díaz Flores, en representación del condenado, Jaime Eduardo López Tapia, dedujo recurso de nulidad, fundado en dos causales de nulidad; la primera, contemplada en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 351 y 385 del mismo texto adjetivo, y la segunda en carácter de subsidiaria, contemplada en el artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 342, c), y 297 del mismo estatuto procesal.

El recurso fue declarado admisible y se procedió a su vista en la audiencia del día 13 de marzo del año en curso, oportunidad en que alegaron los abogados representantes del Ministerio Público y del acusado, fijándose como fecha para la audiencia de lectura de la sentencia el día de hoy.

OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

Primero: Que la recurrente plantea su recurso, como principal en la causal del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal en relación con los artículos 351 y 385 del mismo código adjetivo, fundado en que el tribunal consideró los hechos como delito reiterado de abuso sexual impropio y aplicó el artículo 351 del texto mencionado, puesto que resultaba más favorable, elevando la sanción en un grado e imponiéndola en su mínimo, la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

Manifiesta que no comparte lo arribado en la sentencia, puesto que no hay fechas y sólo se indica vagamente que fue en un período de tiempo cuando se comete el ilícito de abuso sexual, atendido lo cual esta defensa estima que se trata de un delito continuado, por existir una unidad jurídica de acción, reuniéndose todos y cada uno de los elementos que lo constituyen. Agrega que, del análisis de las probanzas del juicio, se concluye que en la especie estamos frente a una unidad de autor, toda vez que se trata del mismo sujeto que despliega en un tiempo indeterminado una conducta reprochable hacia su víctima, Además, la identidad del tipo penal se realizó en diversas ocasiones, existiendo una unidad de tiempo y espacio, configurándose, además, la unidad de propósito en el agente, ya que el objetivo del imputado fue siempre satisfacer sus instintos sexuales, transgrediendo la indemnidad sexual de la menor.

El caso de marras se trata específicamente de un delito continuado porque su supuesto de hecho es la reiteración de varios actos que, considerados separadamente, podrían estimarse constitutivos de varios delitos similares. No pudo delimitarse en el tiempo, en forma precisa, la fecha de comisión, sino señalando en días y horas indeterminados entre los años 2007 y 2011. No se comparte el criterio doctrinal aplicado por el tribunal, que se refiere a un delito reiterado de abusos sexuales, puesto que se requieren fechas ciertas comprobadas de cada uno de los ataques sexuales, sino un delito continuado del mismo tipo penal, puesto que no se precisa fecha cierta, sino un período indeterminado entre los años 2007 y 2011. Tampoco la defensa comparte el criterio de que los delitos continuados sólo afectan a los delitos de carácter patrimonial, puesto que la doctrina acepta también a los que afectan bienes jurídicos eminentemente personales.

Señala que la doctrina define al delito continuado como aquel que está constituido por dos o más acciones u omisiones separadas por un cierto tiempo que, no obstante integrar cada una de ellas por separado la misma figura penal, se valoran como un solo delito en razón a la homogeneidad de sus elementos, constituidos respecto a este delito por la pluralidad de acciones u omisiones, la unidad de ley infringida, la identidad del sujeto pasivo y del agente, más el elemento subjetivo, que es el requisito de unidad de designio, propósito, intención o dolo. En este caso existe unidad de autor, de sujeto pasivo

y de propósito delictivo del agente, identidad del delito cometido y realizado en diversas ocasiones no precisadas durante los años 2007 y 2011.

Finalmente, manifiesta que la infracción denunciada trae aparejada un evidente perjuicio al acusado, puesto que, al considerar el delito como reiterado y aplicar la regla del artículo 351 del Código Procesal Penal, se impuso una pena superior en un grado que correspondía si se hubiera estimado como delito continuado e impuesto una pena dentro de los márgenes del delito en cuestión, sin aumento, por lo cual, además de haber infringido la ley, influyó en lo dispositivo del fallo, solicitando anular la sentencia y dictar sentencia de remplazo, rebajando la pena impuesta en la sentencia y conceder pena sustitutiva que corresponda.

Como segunda causal subsidiaria de nulidad, es la contemplada en el artículo 374, letra e), en relación con los artículos 342, letra c), y 297, todos del Código Procesal Penal, fundado en que la sentencia atacada infringe el principio de la razón suficiente. La cual da respuesta a una exigencia natural de nuestra razón, según la cual nada puede ser porque sí, pues todo obedece a una razón. Añade que este principio se cumple y se respeta cuando el razonamiento del juez está formado por deducciones razonables, deducidas de las pruebas y de la serie de conclusiones que se van determinando con base en ellas; los hechos son los elementos materiales del delito, por lo que el juez debe consignar las razones que lo llevan a tenerlos por acreditados con base en las pruebas de

que se sirve y expresando la valoración o apreciación que haga de ellas. Este principio consiste en considerar que una proposición es completamente cierta cuando se conocen suficientes fundamentos objetivos que le dan consistencia, y en virtud de los cuales se tiene por verdaderos.

Agrega que el considerando quinto de la sentencia se refiere a la valoración de la prueba, en los dichos de la propia víctima J.L., la perito Rossana Grez, la madre de la ofendida Catalina Tudor y el psicólogo Alfredo Geoffroy, y en el considerando séptimo se refiere a la participación punible del acusado, estimando basado en los mismos elementos probatorios, no contestes, su participación. Si la ley exige certeza sobre los elementos fácticos, se requiere de esta manera que la prueba en que se basa la decisión sólo puede dar fundamento a esa decisión y no a otra. En consecuencia, al no existir en autos antecedentes objetivos de prueba, corroborados y contestes, el tema no puede reducirse simplemente a credibilidad más o credibilidad menos, de tal manera que la construcción del discurso valorativo del tribunal oral falla, toda vez que la convicción que a partir de esos elementos de juicio adoptaron en el fallo objetado debe tener una necesaria vinculación con ellos, y precisamente es lo que se echa de menos en el fallo, ya que la sola afirmación de la afectada no conduce en este caso a concluir que el acusado es autor de un delito reiterado de abuso sexual, no dando en consecuencia razón suficiente para así concluir.

Finalmente, solicita que en forma subsidiaria se acoja esta causal de nulidad, anulando la sentencia como el juicio oral, disponiendo que un tribunal no inhabilitado proceda a la realización de un nuevo juicio y la dictación de una nueva sentencia que cumpla estrictamente con los requisitos legales.

En cuanto a la causal principal:

Segundo: Que el artículo 373 del Código Procesal Penal señala que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia, letra c): “Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

Tercero: Que, dado que la causal principal de nulidad invocada recae en la denuncia de un error de derecho, ello supone aceptar los hechos asentados en el fallo, los que resultan inamovibles para el tribunal. Así, el sustrato fáctico asentado en el considerando cuarto consiste en: “... que a lo menos en dos oportunidades, en días y horas indeterminadas, primero durante el año 2007 y luego durante el 2011, en el interior del domicilio ubicado en calle Bacteriológico N° 10560, comuna de La Florida, y en el domicilio de una prima de la afectada, ubicado en Avenida Américo Vespucio, respectivamente, Jaime Eduardo López Tapia procedió a realizar actos de significación sexual y relevancia en la persona de su hija J.L.T., nacida el 8 de octubre de 2002, de entre 5 y 9 años de edad a la fecha de los hechos, consistentes en tocar con sus manos la vagina de la menor”.

Cuarto: Que, conforme a los hechos acreditados en la sentencia, se refiere a dos situaciones fácticas no precisadas en la fecha, pero acontecidas en años distintos, 2007 y 2011, y en lugares diferentes, que afectan a la misma víctima, respecto de actos de significación y de relevancia sexual, constituyendo dos delitos de abuso sexual impropio. Para la determinación de la pena de ambos ilícitos, el tribunal podía aplicar la regla del artículo 74 del Código Penal, concurso material o real, imponiéndole una pena por cada delito, o bien la regla de la reiteración del artículo 351 del Código Procesal Penal, esto es, imponiendo la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados. Debe aplicarse la regla que determine la pena más favorable al acusado, como principio *pro reo* y en el caso en comento es, sin lugar a dudas, la aplicada por la sentencia recurrida. En efecto, la pena mínima a imponer en el primer caso sería dos penas de tres años y un día de presidio menor en su grado medio, lo que suma un total de seis años y dos días, en cambio, en el segundo caso, no obstante el aumento en un grado, resulta una pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como efectivamente se impuso, siendo más favorable al encartado; de tal manera, no existe un perjuicio reparable por esta vía, careciendo de este elemento esencial de la nulidad, careciendo en consecuencia de trascendencia.

La doctrina ha recogido el principio de trascendencia señalando “que resulta actualmente pacífico que no todo vicio

de forma conlleva necesariamente la nulidad de los actos procesales, sino que, por aplicación del principio de trascendencia sólo resulta anulable el acto cuando ella acarrea un perjuicio para los intervinientes” (Julián López Masle, Derecho Procesal Penal, Los Recursos, pág. 393); “aunque se compruebe la concurrencia del vicio que constituye la causal, no se acogerá la casación en la forma, si el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la anulación de la sentencia impugnada” (Raúl Tavolari Oliveros, Nuevo régimen de los recursos de casación y queja, pág. 65).

De esta manera, no se divisa la causal de nulidad invocada, del artículo 373, letra b), del Código de Enjuiciamiento Penal, consistente en una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, de tal manera que este arbitrio por esta causal no podrá prosperar.

Quinto: Que, por otro lado, el delito continuado no se encuentra contemplado en nuestra legislación positiva, siendo una creación doctrinal y que algunas sentencias lo recogen, pero no existe norma legal que lo consagre, por eso es que el recurrente no señala norma legal a aplicar versus la norma de la reiteración que dice ser aplicada erróneamente, de tal manera no se divisa la manera de que la sentencia recurrida, al no contemplar este delito continuado, hubiera hecho una errónea aplicación del derecho, máxime que en derecho penal sólo la ley es fuente del mismo.

Además, tal como se encuentra acreditado el hecho delictual en el considerando cuarto, no estaríamos frente

a un delito continuado, puesto que no se darían los presupuestos de unidad de acción y unidad de dolo o designio, puesto que las acciones son distintas en tiempo y espacio, y, por otro lado, el agente no tuvo un propósito único, sino una intención deliberada de afectar la indemnidad sexual de la menor en cada situación fáctica acreditada.

Finalmente, siendo el delito continuado una elaboración doctrinal, la mayoritaria, entre ellos el profesor Enrique Cury, señalan que sólo sería procedente en los delitos de carácter patrimonial, pero rechazan la aplicación de esta forma delictual a los delitos que afectan derechos personales, como sería el delito de abuso sexual impropio, por el cual fue condenado el recurrente.

En cuanto a la causal subsidiaria:

Sexto: Que el artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal señala: “Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anuladas: e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letras c), d) o e)”, por su parte, el artículo 342 del mismo cuerpo legal, en su letra c), señala que: “Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva contendrá: c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”. A su vez, el artículo 297 del estatuto procesal penal ya mencionado, expresa que “Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán

la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegue la sentencia”.

Séptimo: Que la causal de nulidad invocada por la defensa implica examinar si el fallo en sus razonamientos ha cumplido con las normas de valoración de la prueba y con la debida fundamentación de sus conclusiones, pero no se trata de efectuar una nueva valoración de los antecedentes proporcionados por los intervinientes en el juicio, pues ello escapa al recurso de nulidad.

Octavo: Que, analizada la sentencia recurrida, especialmente el fundamento quinto, el fallo da cumplimiento satisfactorio a la disposición que el recurrente echa de menos, esto es, a juicio de esta corte, contiene la exposición clara, lógica y completa del hecho de la acusación y participación punible, valorando todos los medios de prueba que fundan tales conclusiones, dando razón suficiente de por qué se da credibilidad

al testimonio de la menor ofendida, relacionándolo con las demás declaraciones de testigos de estos hechos como de contexto, logrando la convicción del tribunal más allá de alguna duda razonable, en cuando a dar por acreditado el delito y la participación punible del encausado López, sin infringir con ello una posible falta de fundamentación, como sostiene el recurrente.

Noveno: Que el recurrente equivoca su apreciación sobre lo que se entiende por falta de fundamentación de la sentencia o falta de razón suficiente, toda vez que ataca la valoración de la prueba rendida en juicio, escapando del marco de la nulidad, al señalar que no puede darse valor a los dichos de la menor ofendida, la cual no fue clara, además de que no existen otros elementos de corroboración de lo manifestado por la víctima. En definitiva, el recurrente no se encuentra de acuerdo con la valoración y posterior razonamiento del tribunal, lo que indudablemente escapa de esta causal de nulidad. No indica de manera clara y precisa cómo la sentencia incurre en falta de razón suficiente. A juicio de esta corte, el tribunal se hace cargo de toda la prueba producida en el juicio, la valora conforme a las reglas de la sana

crítica y da razón suficiente para dar por acreditado el hecho punible como la participación culpable del encartado, de tal manera que esta causal subsidiaria tampoco podrá prosperar.

Por lo razonado, y de conformidad con lo que disponen los artículos 372, 373, 374 y 376 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el defensor penal particular don Eduardo Díaz Flores, en representación del condenado, Jaime Eduardo López Tapia, en contra de la sentencia de fecha quince de enero de dos mil dieciocho, dictada por el Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, la que, en consecuencia, no es nula.

Regístrese y notifíquese.

Redactó el Ministro (I) don Juan Manuel Escobar Salas, quien no firma habiendo concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por encontrarse ausente.

Pronunciada por la Octava Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Presidida por la Ministra señora Marisol Rojas Moya e integrada además por la Ministra señora Gloria Solís Romero, el Ministro (S) señor Juan Manuel Escobar Salas.

Rol N° 547-2018.