

### 3. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Uso malicioso de instrumento privado mercantil falso. Elementos para configurar un delito de carácter continuado. Improcedencia de delito continuado al no existir unidad de sujeto pasivo entre un hecho y otro

#### HECHOS

*Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por dos delitos consumados de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso. 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 Talca.*

ROL: *179-2020, de 9 de abril de 2020.*

PARTES: *Ministerio Público con Carlos Palacios Gaete.*

MINISTROS: *Sra. Jeannette Scarlett Valdés S., Sr. Gerardo Favio Bernalés R. y Abogado Integrante Sr. Ruperto Pinochet Olave.*

#### DOCTRINA

*No se ha cuestionado por la defensa la calificación jurídica de los hechos efectuada por el tribunal, en orden a que configuran delitos de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso, previsto y sancionado en los artículos 197 y 198, en relación con el artículo 193 N° 1, todos del Código Penal en concurso medial con el de estafa, previsto y sancionado en el artículo 468 en relación al artículo 467 N° 2, del mismo cuerpo normativo. En efecto, lo que se reclama, es que se haya desestimado la tesis de la defensa, de considerar los hechos como un solo delito, en carácter de continuado, por estimar los sentenciadores que los hechos se cometieron en distintas fechas y afectaron a distintas personas. Tal conclusión del tribunal es ajustada a los hechos establecidos en el fallo impugnado, puesto que si bien dan cuenta de un mismo tipo penal y similar modo de comisión, se trata de ofendidos diversos en cada ilícito de estafa dado que en el primero se perpetró en perjuicio de la “Sociedad Comercial San Cristóbal Limitada” y, en el segundo, la víctima fue A.V.G. Para que se estime concurrente lo que en doctrina se conoce como delito continuado, es preciso que existan varias acciones que, aisladamente consideradas, cada una conforma un delito; que la*

*norma jurídica transgredida sea la misma; que exista también unidad de sujeto tanto activo como pasivo y la afectación de un mismo bien jurídico protegido. Además, es preciso que los hechos se hayan desarrollado en un contexto y entorno similar, bajo una misma modalidad de acción y separados en el tiempo entre uno y otro. En la especie, como ya se dijo, no existe unidad de sujeto pasivo entre un hecho y otro, por lo que no se configura la vulneración de derecho que reclama la defensa. En consecuencia, procede desestimar el recurso de nulidad impetrado (considerando 3° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

*Cita online:* CL/JUR/22676/2020

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 193 N° 1, 197, 198, 467 N° 2, 468 del Código Penal.*

## DELITO CONTINUADO

DANIEL HASSON KALKSTEIN<sup>1</sup>

Este comentario trata la problemática en torno al criterio de unidad de acción y principalmente, versa sobre noción de delitos continuados a propósito de la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca, pronunciada con fecha 9 de abril de 2020, rol N° 179-206.

Con el objeto de desarrollar el comentario jurídico enunciado en el párrafo precedente, es necesario mencionar, que la defensa del acusado no cuestionó la calificación jurídica de los hechos efectuada por el tribunal, en ese sentido, no hay controversia alguna respecto de qué delitos se configuran. Precisar lo anterior nos permite centrar el comentario en una eventual unidad, sin la necesidad de, por ejemplo, realizar una evaluación acerca de cómo se realizó la subsunción de los hechos en los tipos penales aplicados.

Sin más preámbulo, los delitos cometidos por el agente fueron: delito de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso, previsto y sancionado en los artículos 197 y 198, en relación con el artículo 193 N° 1 todos del Código Penal, en concurso medial con el de estafa, previsto y sancionado en el artículo 468 en relación al artículo 467 N° 2, del mismo cuerpo normativo.

Definido lo anterior, a continuación, los dos hechos que acaecen se enumeran. A saber:

---

<sup>1</sup> Abogado, LL. M. en Boston University School of Law. Profesor de Derecho Penal en la Universidad Andrés Bello.

(I) *Hecho N° 1.*- El día 4 de enero de 2018, el Sr. C.A.P.G. concurrió un local comercial “M.L.”, ubicado en Talca. En dicha oportunidad C.A.P.G., compró productos por un monto de \$ 184.800.-, pagando con un cheque de la cuenta corriente bancaria del titular, C.R.H., retirándose con las especies en su poder. El cheque se entregó en pago a la sociedad “C.S.C.L.”. Luego de esto, cuando se presentó el cheque en el Banco para su cobro, este no fue pagado por el banco.

(II) *Hecho N° 2.*- 16 días después, con fecha 20 de enero de 2018, el mismo sujeto activo, Sr. C.A.P.G., concurrió a otro local comercial “M.C.”, ubicado en Río Claro, de propiedad de A.V.G., presentándose como un supuesto titular de una cuenta bancaria, mismo sujeto titular del hecho anterior. En dicha ocasión, compró especies valuadas en \$ 270.000.-, también, con un cheque de la cuenta corriente bancaria del titular Sr. C.R.H. El cheque se llenó y se firmó en pago a la Sra. A.V.G., dueña del local, quien, con posterioridad, presentó el cheque en una sucursal del banco para su cobro, mas este tampoco fue pagado por el banco.

Cabe señalar que, en ambos casos, los cheques presentados en el banco fueron protestados y no fueron pagados por firma disconforme<sup>2</sup>. En suma, dos hechos en que el ilícito es cometido por el mismo malhechor, quien utiliza cheques de la misma persona para realizar la misma conducta defraudatoria, sin embargo, la identidad de los sujetos pasivos es diferente, puesto que primero fue la sociedad “C.S.C.L.” y luego fue la Sra. [A.V.G.]

Ahora bien, la tesis de la defensa se fundó en que su representado debiese ser condenado como autor de un delito continuado de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso, es decir, sostuvo que debió establecerse que, en la especie, se trató y debió estimarse como un delito continuado, esto, en vez de haber aplicado la regla de reiteración de delitos del art. 351 del Código Procesal Penal<sup>3</sup>.

Frente a esto, el Tribunal Oral en lo Penal de Talca no recogió la tesis de la defensa y consideró que “(...) tampoco se ha estimado que se trata de un solo delito o de un delito continuado, atendido a que los hechos se cometieron en distintas fechas y afectaron a distintas personas”<sup>4</sup>.

Misma línea siguió la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca que sostuvo que “(...) lo que se reclama, es que se haya desestimado la tesis de la defensa, de considerar los hechos como un solo delito, en carácter de continuado, por estimar

<sup>2</sup> Las razones del protesto constan en la denuncia realizada por el titular de la cuenta corriente, quien, en suma, denunció que, durante el año 2017, fue víctima de la sustracción de especies en la ciudad de Curicó, entre las que se encontraba el talonario del que procedía el cheque.

<sup>3</sup> Véase la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca, de fecha 9 de abril de 2020, rol N° 179-206. Considerando Primero; y el Recurso de Nulidad interpuesto por la defensa, admitido a tramitación con fecha 12 de marzo de 2020.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Talca, de fecha 12 de enero de 2020. RIT N° 315-2019. Considerando octavo.

a los sentenciadores que los hechos se cometieron en distintas fechas y afectaron a distintas personas. Tal conclusión del tribunal es ajustada a los hechos establecidos en el fundamento sexto del fallo impugnado y reproducidos en el motivo anterior, puesto que si bien dan cuenta de un mismo tipo penal y similar modo de comisión, se trata de ofendidos diversos en cada ilícito de estafa dado que en el primero se perpetró en perjuicio de la sociedad '[C.S.C.L.]' y, en el segundo, la víctima fue [A.V.G.].

Cabe agregar que, para que se estime concurrente lo que en doctrina se conoce como delito continuado, es preciso que existan varias acciones que, aisladamente consideradas, cada una conforme un delito; que la norma jurídica transgredida sea la misma; que exista también unidad de sujeto tanto activo como pasivo y la afectación de un mismo bien jurídico protegido. Además, es preciso que los hechos se hayan desarrollado en un contexto y entorno similar, bajo una misma modalidad de acción y separados en el tiempo entre uno y otro. En la especie, como ya se dijo, no existe unidad de sujeto pasivo entre un hecho y otro, por lo que no se configura la vulneración de derecho que reclama la defensa<sup>5</sup>.

Ahora bien, para la aplicación de las reglas penales al efecto, resulta indispensable primero exponer la noción de delito continuado. Así, el profesor Cury sostiene que por delito continuado ha de entenderse varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada acción considerada en forma independiente realiza todas las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, sin embargo, han de ser tratadas como un todo y penadas como un solo hecho punible, en virtud del especial vínculo que media entre ellas<sup>6</sup>.

La precedente definición puede resultar amigable, no obstante, reviste mayor complejidad cuando deja de estar en un plano puramente abstracto. Es decir, el problema fundamental que acarrea la definición consiste precisamente en establecer, en concreto, cuál es y qué naturaleza tiene el nexo al que se atribuye la eficiencia de unificar las distintas acciones, y en este sentido, las opiniones se encuentran divididas y las soluciones distan de ser satisfactorias<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca, de fecha 9 de abril de 2020, rol N° 179-206. Considerando Tercero.

<sup>6</sup> CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*. Ed. UC., 7ª ed. (2005), p. 654.

<sup>7</sup> Similar definición del profesor Garrido Montt quien sostiene que: "(...) un delito continuado, es aquel que está integrado por un conjunto o serie de actos con la característica de que cada uno de ellos aisladamente considerado puede constituir un delito". GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*, tomo I. Ed. Jurídica de Chile. 1ª ed. (2001), p. 376.

<sup>8</sup> Véase CURY URZÚA, Enrique, ob. cit. pp. 653 y ss., para un mayor análisis las distintas teorías y soluciones de derecho comparado en torno al delito continuado como caso límite de la unidad jurídica de acción y a la pluralidad de delitos.

Así las cosas, para estar en presencia de un delito continuado la doctrina concuerda en que –al menos– una serie de requisitos son necesarios, estos son: (i) pluralidad de acciones u omisiones entre las cuales debe haber cierto espaciamiento temporal. En este punto conviene mencionar que se estima que la separación prolongada entre una acción u omisión y otra margina la unidad de continuidad, cuestión que ciertamente debe ser apreciada prudencialmente<sup>9</sup>; (ii) una realización del mismo tipo básico, figuras analogables con cierta homogeneidad, intereses jurídicos iguales o de la misma naturaleza; y (iii) la identidad del sujeto pasivo<sup>10-11</sup>. No obstante, respecto a este tercer requisito, volvemos al punto inicial, la doctrina y jurisprudencia están divididas, mas es posible vislumbrar cierta uniformidad en torno a la idea de que la identidad del sujeto pasivo tiene suma relevancia en la medida de que no se trate de delitos que protegen bienes personalísimos, tales como la vida, la salud, la libertad ambulatoria, libertad sexual, entre otros, descartándolos al efecto, cuestión que no es así en los delitos de significación patrimonial<sup>12</sup>. En esta misma línea señala el profesor Garrido que, respecto de los bienes jurídicos afectados no pueden ser personalísimos puesto que las acciones delictivas contra bienes de esta clase, junto con satisfacer el tipo respectivo, lo colman, por lo que no podría existir tal cosa como un delito doloso continuado de homicidio, por ello, si son más las personas que mueren, al atentar contra cada uno de ellos, con cada muerte, el tipo se agota, ergo, no es susceptible de continuación<sup>13</sup>.

Asimismo, la doctrina debate en torno a la exigencia de requisitos en la esfera subjetiva. A su respecto cabe preguntarse si debe perseverar la misma intención delictiva, es decir, mantenerse un propósito común, una intención delictiva, una suerte de dolo unitario.

El profesor Oliver sostiene que, para estar en presencia de un delito continuado, es necesario que el sujeto activo haya actuado sucumbiendo en varias oportunidades a la tentación provocada por las mismas –o semejantes– circunstancias motivantes a la comisión delictiva y, en esa línea, será posible afirmar que su reprochabilidad será menor, siempre y cuando sus actos revelen una in-

<sup>9</sup> GARRIDO MONTT, Mario, tomo II, (2003), ob. cit., p. 340.

<sup>10</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Delitos contra la Propiedad*. Ed. Thomson Reuters. LegalPublishing. 1ª ed. (2013), p. 266.

<sup>11</sup> GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 340.

<sup>12</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo, ob. cit., p. 266.

<sup>13</sup> GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 340.

tencionalidad débil, con lo que el tratamiento unitario y favorable de las diversas acciones adquiere una mayor justificación<sup>14</sup>.

Por lo demás, no debemos perder de vista aquella solución que, en el caso concreto, permite un trato más benigno al imputado, en este sentido, bien señala el profesor Oliver que, “(...) un tratamiento unitario y más favorable a las diversas acciones delictivas ejecutadas por él. Siendo posible recurrir a esta construcción doctrinal sólo en beneficio del imputado, su justificación ha de encontrarse en una disposición subjetiva que trasunte una menor reprochabilidad, y no a la inversa”<sup>15,16</sup>.

En otro orden de ideas, en la legislación española existe una disposición que se hace cargo de este problema, distinguiendo, además, según el tipo de afectación. Se trata del art. 74 del Código Penal español<sup>17</sup> que, en su Sección 2.<sup>a</sup> relativa a las reglas especiales para la aplicación de las penas, dispone que:

“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior<sup>[18]</sup>, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo.

---

<sup>14</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo, ob. cit., p. 267.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 268.

<sup>16</sup> Esta es la tesis seguida en Alemania, que persigue su admisibilidad jurídica –aunque sea consuetudinaria– también por criterios de utilidad práctica. Véase MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Reppertor. 10<sup>a</sup> ed., (2016), pp. 671-672.

<sup>17</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial Estatal «BOE».

<sup>18</sup> “Artículo 73. Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”.

En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”<sup>19</sup>.

Como se aprecia, entonces, un tratamiento como el español respecto al delito continuado no exige unidad del sujeto pasivo, por lo que, de subsumir los hechos aquí narrados de la sentencia en comento, en la normativa española, bien sólida y aplicable sería la teoría de la defensa<sup>20</sup>. Ahora bien, y sin perjuicio de que el tratamiento comparado del delito continuado no es escaso, hay diferencias en cuanto a su alcance, en efecto, respecto al sujeto pasivo, en este sentido, la legislación mexicana, si bien contempla una clara distinción y tratamiento para los delitos instantáneos, permanentes y continuados, establece una unidad del sujeto pasivo, tal como se aprecia en el art. 7 del Código Penal Federal *mexicano*, que dispone:

“Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

El delito es:

I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción penal;

II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal”<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Art. 74 del Código Penal de España. Ley Orgánica N° 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>20</sup> Véase, MIR PUIG, Santiago, ob. cit., pp. 672-673.

<sup>21</sup> Art. 7 del Código Penal Federal de México.

“Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

El delito es:

I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción penal;

II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal”.

Ahora bien, y pese a lo interesante pueda resultar el contraste entre las legislaciones comparadas frente a las diferencias de criterios en cuanto a la unidad del sujeto pasivo, no podemos pasar por alto que nuestra legislación no contempla el delito continuado, y el art. 75 del Código Penal no le es aplicable, porque comprende exclusivamente el concurso medial y el concurso ideal. En ese contexto, el tratamiento del delito continuado no debe ofrecer diferencias con el de las restantes figuras penales siempre que se acepte el criterio de la unidad jurídica, conforme al cual habría uno solo, y no una pluralidad<sup>22</sup>. De modo que, siendo un hecho, se castigará de ese modo<sup>23-24</sup>.

Es por lo anterior que, en el caso analizado, la sentencia del Tribunal de Alzada desestimó el recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Talca,

---

<sup>22</sup> En materia de concursos, siguiendo al profesor Mañalich, el derecho chileno contempla las siguientes alternativas: En virtud del art. 74 del Código Penal, la imposición de todas y cada una de las penas previstas para las conductas punibles concurrentes, tratándose de una situación de concurso real sometida a la regla de *acumulación material*; o bien, en la aplicabilidad de un sistema diferenciado de determinación de la pena, o sea tratándose de una situación de concurso real constitutiva de una *reiteración de delitos de una misma especie*, sometida a uno de los regímenes de *acumulación jurídica* prescrito en el art. 351 del Código Procesal Penal, o sea tratándose de una situación de concurso ideal o de concurso medial, sometida al tratamiento de absorción agravada o “asperación” conforme a la disposición del art. 75 del Código Penal.

Véase MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “La reiteración de conductas punibles como concurso real: Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena”, *Revista Política Criminal*, vol. 10, N° 20 (2015), pp. 498-527.

<sup>23</sup> GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 342.

El profesor Garrido expresa, sin embargo, que esta teoría podría representar problemas puesto que:

“La manera de castigar el delito continuado podría suscitar duda cuando alguna de las acciones que lo configuran hubiera alcanzado una etapa de ejecución distinta (unas acciones se consumaron y otras alcanzaron la etapa de tentativa); también podría suceder que en algunas de ellas concurrieran circunstancias que agravaran o que atenuaran la responsabilidad, sin que tales modalidades se extendieran a las demás acciones. La solución más adecuada sería considerar precisamente aquella actividad que aisladamente ofreciera más gravedad como cartabón del conjunto (...)”.

<sup>24</sup> Finalmente, y contrario a su opinión, Garrido, citando a Cury expone la opinión de autores que consideran que:

“(…) la sanción debe regularse conforme al art. 75, al homologar el delito continuado con el concurso ideal, porque el primero importaría un ‘fraccionamiento necesario’ de la ejecución del hecho, concepción que no se puede compartir tanto porque el delito continuado no tiene fundamento en una ‘necesidad’ de realización fraccionada del tipo, como porque sería realizar una interpretación analógica malam parte del referido art. 75, lo que se contrapone al principio de la reserva consagrado en el art. 19 N° 3° de la Constitución, toda vez que el citado art. 75 obligaría al tribunal a sancionar el delito con la pena mayor correspondiente al hecho más grave, cuando al calificarlo como un solo delito no existe inconveniente para que se recorra la pena en toda su extensión”.

en el cual la defensa solicitaba que se corrija la “(...) errónea aplicación que se ha dado a las normas del artículo 351 del Código Procesal Penal, toda vez que ha aplicado la regla de la reiteración de delitos cuando debió estimarse como un solo delito continuado. Ahora bien, en cuanto a la forma en cómo se debe sancionar penalmente la figura del delito continuado, el tribunal *a quo* debió haber considerado la pena correspondiente a la acción más grave, es decir, la pena de un único delito de uso malicioso de instrumento mercantil falso de los artículos 197 y 198 en relación con el artículo 193 N° 1, todos del Código Penal de presidio menor en grado máximo (...)”<sup>25</sup>.

Desestimada la nulidad esgrimida, se tuvo, por consiguiente, ratificada por la Corte de Apelaciones la tesis del tribunal de primera instancia quien determinó que: “(...) nos encontramos ante dos delitos de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso, en concurso medial con el delito de estafa; que la pena privativa de libertad asignada al delito más grave, uso malicioso de instrumento privado mercantil falso, previsto en el artículo 197 inciso 2° del Código Penal, es la de presidio menor en su grado máximo y que tratándose de un delito reiterado procede conforme al artículo 351 del Código Procesal Penal, subir en un grado dicha pena, quedando en presidio mayor en su grado mínimo (...)”<sup>26</sup>.

Finalmente, siguiendo al profesor Mir Puig, la figura del *delito continuado* va a tener un mayor asidero siempre y cuando supere los obstáculos derivados del principio de legalidad, toda vez que, en países como Chile, este concepto no está previsto expresamente por la ley. Además de lo anterior, en lo objetivo, requerirá una pluralidad de acciones, la unidad de ley transgredida y, a veces la unidad del sujeto pasivo, por su parte, en lo subjetivo<sup>27</sup>, la unidad de intención<sup>28</sup>. Con todo, se insiste en la idea de que esta tesis pudiese adquirir mayor aceptación jurisprudencial en la medida en que se busque –o al menos se tome en consideración– un precedente tratamiento criminal más benigno.

<sup>25</sup> Recurso de Nulidad interpuesto por la defensa. Y que agregó: “(...) pero rebajada en un grado a presidio menor en grado medio al reconocer las atenuantes del artículo 11 N° 7 y 11 N° 9, ambas del Código Penal”.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Talca, de fecha 12 de enero de 2020. Rit N° 315-2019. Considerando duodécimo (énfasis agregado). Y agrega: “(...) pero como ya se indicó, benefician al sentenciado dos circunstancias atenuantes y conforme lo faculta el artículo 67 del Código Penal, el tribunal baja en un grado esta última pena y la aplicará en su minimum y en la parte más baja, por no existir antecedentes que permitan exacerbarla”.

<sup>27</sup> En ese sentido, el profesor Mir Puig hace referencia a la corriente doctrinaria alemana y explica que esto consiste en la homogeneidad de la parte subjetiva de los distintos actos, homogeneidad derivada de obedecer cada acto a situaciones motivacionales semejantes. MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 672.

<sup>28</sup> Véase, MIR PUIG, Santiago, ob. cit., pp. 671-672.

## CORTE DE APELACIONES

Talca, nueve de abril de dos mil veinte.

Vistos:

En causa RIT N° 315-2019 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, la abogada Defensora Penal Pública doña Carolina Villalobos Vásquez, en representación del condenado Carlos Andrés Palacios Gaete, dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia pronunciada en dicha causa el 12 de febrero de 2020, mediante la cual se condenó a su representado como autor de dos delitos consumados de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso, previsto y sancionado en los artículos 197 y 198 en relación al 193 N° 1, todos del Código Penal, en concurso medial con el de estafa, previsto y sancionado en el artículo 468 en relación al 467 N° 2 del mismo cuerpo normativo, a la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena. Fundamenta su recurso en la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal. En base a ello, solicitó tener por interpuesto recurso, a fin de que se anule la sentencia y se dicte sentencia de reemplazo, que lo condene a 541 días de presidio menor en su grado medio, como autor de un delito continuado de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso, sustituyéndose

dicha pena por la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena.

Por resolución de 12 de marzo de 2020, se declaró admisible el recurso y el 18 de marzo pasado se dispuso su inclusión en tabla, procediendo a su vista el 26 de marzo de los corrientes.

Oídos los intervinientes y

Considerando:

*Primero:* Que, como antecedentes de la causa se señaló por la recurrente que el tribunal dio por establecidos los hechos siguientes: N° 1 “el día 4 de enero de 2018, el acusado Carlos Andrés Palacios Gaete concurrió al local comercial “Maule Limpiecito”, ubicado en calle 3 Sur N° 2099 de Talca, de propiedad de J.C.S.G., donde fue atendido por la vendedora M.A.M.Q. En dicha oportunidad el imputado le señaló, ser propietario de un *packing* ubicado en San Clemente y que necesitaba adquirir artículos de aseo para aquél agregando que andaba apurado, por lo que debía irse lo antes posible. En dicha oportunidad compró productos por un monto de \$ 184.800.-, pagando con el cheque N° 0301883 de la cuenta corriente N° 36201243 del Banco BCI, cuyo titular es Cristian Retamal Hernández, retirándose con las especies en su poder, en la camioneta marca Ford modelo F 150. El 6 de enero del año indicado, J.C.S.G., entregó en pago el cheque individualizado a la “Sociedad Comercial San Cristóbal Limitada”; al ser presentado para su cobro en el Banco aludido, este no fue pagado, siendo protestado por firma no registrada en el Banco. Las razones del protesto se justificaron con la denuncia realizada

por el titular de la cuenta corriente en la Primera Comisaría de Curicó, ya que durante el mes de noviembre de 2017, fue víctima de la sustracción de especies en la ciudad de Curicó, entre las que se encontraba el talonario del que procedía el cheque. El cheque 0301883 fue llenado en cuanto a su fecha y monto y firmado por Carlos Andrés Palacios Gaete, sin tener facultades legales para ello.”.

Nº 2 “el día 20 de enero de 2018, Carlos Andrés Palacios Gaete, concurrió hasta el local comercial “Mueblería Cristóbal”, ubicado en la comuna de Río Claro, de propiedad de Andrea Valenzuela González, presentándose como Cristián Retamal y manifestando su interés en comprar un living y un mueble verdulero. En todo momento, Palacios Gaete señaló estar muy apurado y pagó por las especies \$ 270.000.- con el cheque Nº 0301897 de la cuenta corriente 36201243 del Banco BCI, cuyo titular es Cristian Retamal Hernández, el que llenó y firmó ante la ofendida y se retiró con los muebles en la camioneta marca Ford Modelo F-150, PPU Nº BB.PB-11.

Con posterioridad, Andrea Valenzuela González, fue a una sucursal del banco referido y presentó para su cobro el cheque individualizado, el que no fue pagado y se protestó por firma disconforme.

El talonario del que provenían los dos cheques individualizados, había sido sustraído a Retamal Hernández, durante el mes de noviembre de 2017, en la ciudad de Curicó”.

Indicó que en el considerando octavo de la sentencia, el tribunal calificó tales hechos como constitutivos de dos delitos de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso en concurso medial con el delito de estafa, desestimando la calificación jurídica propuesta por la defensa, en orden a que los hechos constituirían un concurso aparente de delitos, por cuanto uno fue el medio para cometer el otro y tampoco se ha estimado que se trata de un solo delito o de un delito continuado, atendido a que los hechos se cometieron en distintas fechas y afectaron a distintas personas, conforme se razonó en el considerando duodécimo, que transcribe.

Manifestó que se entiende por delito continuado el constituido por dos o más acciones u omisiones separadas por un cierto tiempo que, no obstante integrar cada una de ellas la misma figura fundamental de delito, se valoran como uno solo en razón de la homogeneidad de sus elementos. Adicionalmente, son requisitos para estar en presencia de tal tipo de ilícitos la pluralidad de acciones u omisiones, la identidad del precepto infringido, la homogeneidad de las diversas conductas y la unidad de designio, intención o dolo. En este sentido citó sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, en causa rol Nº 20-2019.

Sostuvo que, en la especie, en ambos hechos se utilizaron cheques de la misma cuenta corriente Nº 36201243 del Banco BCI, cuyo titular es Cristian Retamal Hernández, con escasos días de diferencia, perpetrándose el

primero el día 4 de enero de 2018 y el segundo el 20 de enero del mismo año; y que hubo de parte de su defendido la repetición de una misma conducta constitutiva de las mismas, con un mismo dolo de parte del acusado, en donde siguiendo a Cury, la finalidad, el designio es lo relevante y en el caso de marras era el mismo, consistentes en utilizar cheques de la misma cuenta corriente, aparentando ser el titular de la misma, para comprar distintas cosas, todo esto durante un tiempo donde mediaron apenas 16 días de diferencia, afectando en ambos casos el mismo bien jurídico, con el mismo propósito criminal, de manera que la conducta debe entenderse como continuada. Es decir, existen distintas acciones diferenciadas en un período próximo en el tiempo, donde en ambos casos se vulnera la misma norma legal, respecto de la cual en ambos casos se afecta el bien jurídico patrimonio, estando estas acciones comprendidas en un plan global, el cual consistió en utilizar como ya he mencionado, los cheques de la misma cuenta para accionar de la misma forma respecto de distintas personas.

En base a lo anterior, indicó que en el fallo impugnado se incurrió en una errónea aplicación del derecho, específicamente el artículo 351 del Código Procesal Penal, toda vez que ha aplicado la regla de la reiteración de delitos cuando debió estimarse como un solo delito continuado. Ahora bien, en cuanto a la forma en cómo se debe sancionar penalmente la figura del delito continuado, el tribunal debió haber

considerado la pena correspondiente a la acción más grave, es decir, la pena de un único delito de uso malicioso de instrumento mercantil falso de los artículos 197 y 198 en relación al artículo 193 N° 1, todos del Código Penal, de presidio menor en grado máximo, pero rebajada en un grado a presidio menor en grado medio al reconocer las atenuantes del artículo 11 N° 7 y 11 N° 9, ambas del código del ramo.

De esta forma, considera que dicha infracción ha influido en lo dispositivo del fallo, alterando de manera sustancial el resultado de la condena; ya que si se hubiese aplicado correctamente el derecho, debió establecerse que en la especie, se habría estimado como un delito continuado, y en vez de haber aplicado la regla del artículo 351 del Código Procesal Penal, se habría condenado a una pena de presidio menor en grado máximo y, por existir dos circunstancias atenuantes, debió ser rebajada en un grado, llegando a una pena en definitiva de presidio menor en grado medio.

*Segundo:* Que, en cuanto a la causal invocada por la Defensa, cabe tener en consideración que el artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal dispone que procederá la nulidad del juicio y de la sentencia cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del Derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Conforme a ello, dicha causal importa una aceptación de los hechos e impide a esta Corte alterar los que se dieron por establecidos en el fallo impugnado.

De esta forma, en lo que interesa al recurso, los hechos que el tribunal tuvo por acreditados en su fundamento noveno, inamovibles para esta Corte, corresponden a los siguientes:

“Hecho 1: Que, el día 04 de enero de 2018, el acusado Carlos Andrés Palacios Gaete concurrió al local comercial “Maule Limpiecito”, ubicado en calle 3 Sur N° 2099 de Talca, de propiedad de J.C.S.G., donde fue atendido por la vendedora M.A.M.Q. En dicha oportunidad el imputado le señaló, ser propietario de un *packing* ubicado en San Clemente y que necesitaba adquirir artículos de aseo para aquél, agregando que andaba apurado, por lo que debía irse lo antes posible. En dicha oportunidad compró productos por un monto de \$ 184.800.-, pagando con el cheque N° 0301883 de la cuenta corriente N° 36201243 del Banco BCI, cuyo titular es Cristian Retamal Hernández, retirándose con las especies en su poder, en la camioneta marca Ford modelo F 150. El 6 de enero del año indicado, J.C.S.G., entregó en pago el cheque individualizado a la “Sociedad Comercial San Cristóbal Limitada”; al ser presentado para su cobro en el Banco aludido, este no fue pagado, siendo protestado por firma no registrada en el Banco. Las razones del protesto se justificaron con la denuncia realizada por el titular de la cuenta corriente en la Primera Comisaría de Curicó, ya que durante el mes de noviembre de 2017, fue víctima de la sustracción de especies en la ciudad de Curicó, entre las que se encontraba el talonario del que procedía el cheque. El cheque 0301883

fue llenado en cuanto a su fecha y monto y firmado por Carlos Andrés Palacios Gaete, sin tener facultades legales para ello.

Hecho 2: Que el día 20 de enero de 2018, Carlos Andrés Palacios Gaete, concurrió hasta el local comercial “Mueblería Cristóbal”, ubicado en la comuna de Río Claro, de propiedad de Andrea Valenzuela González, presentándose como Cristián Retamal y manifestando su interés en comprar un living y un mueble verdulero. En todo momento, Palacios Gaete señaló estar muy apurado y pagó por las especies \$ 270.000.- con el cheque N° 0301897 de la cuenta corriente 36201243 del Banco BCI, cuyo titular es Cristian Retamal Hernández, el que llenó y firmó ante la ofendida y se retiró con los muebles en la camioneta marca Ford Modelo F-150, PPU N° BB.PB11. Con posterioridad, Andrea Valenzuela González, fue a una sucursal del banco referido y presentó para su cobro el cheque individualizado, el que no fue pagado y se protestó por firma disconforme. El talonario del que provenían los dos cheques individualizados, había sido sustraído a Retamal Hernández, durante el mes de noviembre de 2017, en la ciudad de Curicó”.

*Tercero:* Que no se ha cuestionado por la defensa la calificación jurídica de los hechos efectuada por el tribunal, en orden a que configuran delitos de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso, previsto y sancionado en los artículos 197 y 198, en relación con el artículo 193 N° 1, todos del Código Penal en concurso medial con

el de estafa, previsto y sancionado en el artículo 468 en relación al artículo 467 N° 2, del mismo cuerpo normativo.

En efecto, lo que se reclama, es que se haya desestimado la tesis de la defensa, de considerar los hechos como un solo delito, en carácter de continuado, por estimar los sentenciadores que los hechos se cometieron en distintas fechas y afectaron a distintas personas. Tal conclusión del tribunal es ajustada a los hechos establecidos en el fundamento sexto del fallo impugnado y reproducidos en el motivo anterior, puesto que si bien dan cuenta de un mismo tipo penal y similar modo de comisión, se trata de ofendidos diversos en cada ilícito de estafa dado que en el primero se perpetró en perjuicio de la “Sociedad Comercial San Cristóbal Limitada” y, en el segundo, la víctima fue Andrea Valenzuela González.

Cabe agregar, que para que se estime concurrente lo que en doctrina se conoce como delito continuado, es preciso que existan varias acciones que, aisladamente consideradas, cada una conforma un delito; que la norma jurídica transgredida sea la misma; que exista también unidad de sujeto tanto activo como pasivo y la afectación de un mismo bien jurídico protegido. Además, es preciso que los hechos se hayan desarrollado en un contexto y entorno similar, bajo una misma modalidad de

acción y separados en el tiempo entre uno y otro. En la especie, como ya se dijo, no existe unidad de sujeto pasivo entre un hecho y otro, por lo que no se configura la vulneración de derecho que reclama la defensa. En consecuencia, procede desestimar el recurso de nulidad impetrado.

Por las consideraciones, normas citadas y de acuerdo, además, con lo dispuesto en los artículos 352, 358, 360, 372, 373 letra b), 376, 378, 383 y 384 del Código Procesal Penal, se *rechaza*, con costas, el recurso de nulidad interpuesto por la Defensora Penal Pública doña Carolina Villalobos Vásquez, en representación del condenado Carlos Andrés Palacios Gaete, en contra del fallo pronunciado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, el día 12 de febrero de 2019, consecuentemente, dicha sentencia no es nula.

Regístrese, notifíquese y comuníquese.

Redacción de la Ministra doña Jeannette Valdés Suazo.

No firma el Abogado Integrante don Ruperto Pinochet Olave, por encontrarse ausente.

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Talca integrada por los Ministros (as) Jeannette Scarlett Valdés S., Gerardo Favio Bernales R.

Rol N° 179-2020