

## 5. DERECHO PENAL - DERECHO PROCESAL PENAL - CORTE SUPREMA

### VIOLACIÓN IMPROPIA (ART. 362 DEL CÓDIGO PENAL).

NO EXISTE INFRACCIÓN DE GARANTÍAS Y DERECHOS AL NO HABERSE OFRECIDO PRUEBA ALGUNA. DELITO REITERADO. DETERMINACIÓN DE LA PENA.

### HECHOS

*Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicto sentencia condenatoria por el delito reiterado de violación impropia, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal. Defensa de condenado recurre de nulidad, la Corte Suprema rechaza el recurso de nulidad penal deducido.*

#### ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado)*

ROL N°: 7224-2013, 11 de noviembre de 2013

PARTES: *“Muñoz Osorio Iván con Ministerio Público”*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G.*

### DOCTRINA

- I. *Ninguna probanza se ofreció en el libelo y, por tanto, ninguna se rindió durante la vista de la causa, para demostrar que en la audiencia de juicio oral, la defensa técnica del acusado haya consultado a la sicóloga (...) sobre un segundo informe confeccionado con motivo de otra investigación abierta por la denuncia de la misma víctima contra un tercero, que la perito aludida se haya negado antojadízamente a contestar, que ante esto el abogado defensor haya pedido –con el fundamento y mérito necesario para justificar su autorización– hacer uso de la herramienta del artículo 332 del Código del ramo, y por último, que los jueces no atendieran tal petición y que, en su caso, al así decidirlo no desarrollaran fundamentos suficientes y ajustados a derecho. Por no haberse ofrecido prueba sobre los puntos indicados, no es posible dar por cierta la infracción de garantías y derechos denunciada y, por tanto, es innecesario extenderse en mayores argumentaciones y análisis, sobre todo si ante la ausencia de evidencia reseñada el letrado del recurso concentró sus disquisiciones en la causal subsidiaria, así como en la solicitud para que esta Corte ejerciera sus fa-*

*cultades para actuar de oficio que le concede el artículo 379 del Código Procesal Penal, sobre todo lo cual se tratará a continuación. (Considerando 3° de la sentencia de la Corte Suprema).*

- II. *Si se estima que los dos ilícitos acreditados en el fallo recurrido, pueden considerarse como un solo delito conforme al inciso primero del precitado artículo 351, tomando cualquiera de ellos como base, debe aumentarse en un grado –al menos– la pena compuesta de presidio mayor en cualquiera de sus grados, pasando a presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo (si se eleva en un grado cada uno de los grados que componen esta pena), o a presidio perpetuo simple (si se eleva la pena desde su grado máximo), pero en ningún caso procedería concretar este aumento tomando como base únicamente el grado mínimo que compone esta pena compuesta, pues de lo contrario, al aumentarla en un grado por la reiteración, se arribaría a presidio mayor en su grado medio, corolario inaceptable por el contrasentido a que conduce, ya que quien comete dos o más delitos de violación impropia se expondría a una sanción menor –presidio mayor en su grado medio– que quien perpetra sólo una vez dicho ilícito –presidio mayor en su grado mínimo a máximo–. Pues bien, si se optara por materializar este incremento de un grado producto de la reiteración, aumentando cada uno de los grados de esta pena compuesta, resultará, como se ha adelantado, una sanción de presidio mayor en su grado medio a perpetuo, y si posteriormente, por mandato del artículo 368 ya referido, se excluye el grado medio del presidio mayor, y por otra parte, se resta el presidio perpetuo en virtud de la mitigante pretendida por el recurrente, el cuadro final –presidio mayor en su grado máximo–, se ajusta a lo decidido por los sentenciadores, que además fijan la sanción en la mínima cuantía del grado. Por último, si se considerara que por la naturaleza de los ilícitos de violación materia de la condena, éstos no pueden catalogarse como un solo delito, en correspondencia al inciso segundo del artículo 351 en estudio, tomando la pena de presidio mayor en su grado medio, resultado como ya dijimos del influjo de los artículos 368 del Código Penal –que excluye el grado mínimo del presidio mayor–, y 68, inciso segundo, del mismo texto, en relación con el artículo 11 N° 6 que persigue la defensa –que descarta el grado máximo del presidio mayor–, tal grado deberá incrementarse –al menos– a presidio mayor en su grado máximo por la reiteración, marco en cuya mínima cuantía se ha determinado la sanción por los sentenciadores. Así las cosas, la errónea aplicación del derecho que denuncia el recurrente por no haber admitido los sentenciadores la mitigante reseñada, aun de ser efectiva, no tendría aptitud para incidir en lo dispositivo del fallo atacado, como latamente se ha explicado, conclusión que fuerza también el rechazo*

*del arbitrio por esta causal subsidiaria. (Considerando 4° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*Cita online: ID 66665*

NORMATIVA RELEVANTE CITADA:

*Artículos 360, 373, 375, 376, 384 del Código Procesal Penal, artículos 11 N° 6, 362 y 494 N° 5 del Código Penal.*

### COMENTARIO A SCS ROL 7224-2013.

#### DETERMINACIÓN DE LA PENA CONFORME AL ART. 351 DEL CPP

LUCIANO CISTERNAS VELIS  
*Defensoría Regional de Antofagasta*

Sabidas son las dificultades que plantea el art. 351 del Código Procesal Penal (en adelante “CPP”), las que pueden sintetizarse del siguiente modo: (i) qué debe entenderse por *delitos de la misma especie*; (ii) qué debe entenderse por delitos de la misma especie que puedan estimarse o no *como un solo delito*; y (iii) si, tratándose de la hipótesis prevista en el inciso primero de la norma, el aumento de grados debe verificarse antes o después de la consideración de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad que pudieran concurrir.

Los dos últimos tópicos son abordados por la sentencia comentada, la que dice relación con el rechazo de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa, que pretendía que se enmendase una supuesta errónea aplicación del Derecho que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto no se habría reconocido una atenuante que, de haberse admitido su concurrencia, habría permitido acceder a un *beneficio* de la Ley N° 18.216. La Excma. Corte Suprema, en el considerando cuarto del fallo, expone cómo debe efectuarse la determinación de la pena tratándose de un delito reiterado (dos) de violación impropia, analizando la incidencia que habría tenido el reconocimiento de la atenuante en conformidad a los arts. 74 del Código Penal (en adelante “CP”) y art. 351 del CPP, concluyendo que, en el caso concreto, el yerro no influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo.<sup>1</sup>

Lo relevante, sin embargo, dice relación con el modo en que se manifiesta la decisión del máximo tribunal.

---

<sup>1</sup>La condena fue 15 años y un día de presidio mayor en su grado máximo, y todos los ejercicios hipotéticos efectuados por la Corte derivaron en el mismo marco penal.

Así, en primer lugar, en los párrafos 4° a 7° del considerando cuarto se aprecia un análisis hipotético que entiende –en los párrafos 5° y 6°– a los dos delitos de violación impropia *como un solo delito*, para los efectos del inciso primero del art. 351 del CPP. y, a continuación, en el párrafo 7°, analiza, por el contrario, si aquéllos no pueden entenderse *como un solo delito*, conforme al inciso segundo de la norma citada. Aunque existen autores que discuten la tradicional interpretación de NOVOA MONREAL, que entendía por tales aquellos tipos penales “*que pueden ser medidos en magnitudes o cuya caracterización o pena toman en cuenta ciertas cuantías pecuniarias, como son la malversación de caudales públicos, el hurto y los daños*”,<sup>2</sup> no puede desconocerse que la Excma. Corte Suprema, al menos mediante este ejercicio hipotético, reconoce plausibilidad a tal, en mi opinión,<sup>3</sup> errado planteamiento.<sup>4</sup>

En segundo lugar, debe destacarse que en el párrafo 5° del considerando cuarto, en el contexto del comentado análisis ilustrativo que realiza la Corte, se propone efectuar la exasperación prevista en el inciso primero del art. 351 del CPP antes de considerar las circunstancias modificatorias de responsabilidad que concurrieron en el caso concreto, a saber, los arts. 11, número 6, y 368 del CP.<sup>5</sup> Con ello se desconoce

---

<sup>2</sup>NOVOA MONREAL, Eduardo, Curso de Derecho Penal chileno, t. II, Editorial Jurídica de Chile, (Santiago, 1966), p. 258. En igual sentido, entre otros, POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general, reimp. 2ª ed., (Santiago, 2011) p. 467; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, Derecho Penal. Parte general, reimp. 3ª ed., t. II, (Santiago, 2010), p. 117; OLIVER CALDERÓN, Guillermo; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Aplicabilidad de la figura del delito continuado en los delitos sexuales. Comentario a un fallo, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 16, N° 1, (2009), pp. 260-261.

En contra de esta interpretación, COUSO SALAS, Jaime, Artículo 74, en COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dirs.), Código Penal comentado. Libro primero (arts. 1° a 105). Doctrina y jurisprudencia, (Santiago, 2011), pp. 650-651; GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal. Parte general: Nociones fundamentales de la Teoría del Delito, 4ª ed., t. II, (Santiago, 2010), p. 449, nota 687; MATUS ACUÑA, Jean Pierre, Propositiones respecto de las cuestiones no resueltas por la ley N° 20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas, en *Revista Ius et Praxis* 14, N° 2, (2008), s. N° de pág., disponible en “<http://www.scielo.cl/>”; y, respecto del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, SOLARI PERALTA, Tito y RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Determinación de la pena en los casos de reiteración de delitos, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 3, (1979), pp. 263-264.

<sup>3</sup>Al igual que OLIVER CALDERÓN y RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., pp. 260-261, entiendo que la reiteración del delito de violación impropia, así como el resto de los delitos sexuales, no son subsumibles en este inciso, por cuanto estos tipos penales no se estructuran sobre bases acumulables que se puedan sumar.

<sup>4</sup>Admitiendo la posibilidad de condenar los delitos reiterados de violación impropia y abuso sexual, en conformidad al art. 351, inciso 1°, del CPP, ha fallado la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 2378-2012 (26.10.2012), considerando noveno.

<sup>5</sup>Aunque se trata de una exposición que tiene por objeto analizar todas las hipótesis plausibles, no es acertado el procedimiento seguido por la Corte al no considerar inmediatamente al

el parecer doctrinal mayoritario,<sup>6</sup> que extiende analógicamente al inciso primero de la norma lo que el legislador ha explicitado en el inciso segundo, esto es, que “el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, *con las circunstancias del caso*, tuviere asignada una pena mayor [...]”.

El fallo ofrece, además, un planteamiento que pretende dilucidar un problema que, en realidad, la norma no plantea, y que dice relación con el grado (o los grados) a partir del cual (o de los cuales) deben realizarse los aumentos previstos en los incisos primero y segundo.<sup>7</sup> Al respecto, la Excma. Corte Suprema admite, en el párrafo 5° del considerando cuarto, que esta exasperación *puede* concretarse ya sea (i) desde el grado mínimo y el máximo de la pena abstracta, construyendo, de este modo, un nuevo marco penal, con el mismo número de penas que el *original*, pero aumentados, cada uno de ellos, en uno o dos grados; como también (ii) aumentando la pena a partir solo desde su grado máximo. Se explicita, asimismo, que la agravación no corresponde efectuarla en ningún caso desde el grado mínimo. Aunque el tribunal se decanta por la primera tesis,<sup>8</sup> y considerando, además, que no puede soslayarse que no es pacífico, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, el modo en que debe efectuarse los aumentos de la pena, entiendo que respecto del art. 351 CPP huelga este análisis, pues, como se ha dicho, la exasperación debe realizarse luego de la consideración de las circunstancias del caso concreto,

---

menos el art. 368 del CP, pues esta norma manda que se excluya de la pena abstracta su grado mínimo o su mitad inferior.

<sup>6</sup> Así, COUSO SALAS, Jaime, Determinación legal e individualización judicial de la pena en la doctrina penal chilena. Exploración en las consecuencias prácticas de un déficit conceptual, en MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (coord.), La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro Homenaje a los Profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, (Santiago, 2013), p. 532; MATUS ACUÑA, ob. cit., s. N° de pág.; y COUSO SALAS, Artículo 74, ob. cit., pp. 651-652. Ya en este sentido lo advertían SOLARI PERALTA, Tito y RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ob. cit., p. 265, respecto del artículo 509 del CPP.

<sup>7</sup> La doctrina expone que, respecto de los art. 66 a 68 del CP, dos son las tesis plausibles para aumentar la pena: o bien construyendo “un nuevo marco penal, con el mismo número de penas que el original, pero aumentados, cada uno de ellos, en el número de grados exigido por la regla respectiva” o partir del grado máximo, como es el parecer de un sector importante de la jurisprudencia. Por todos, COUSO SALAS, Jaime, Artículo 50, en COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dirs.), Código Penal comentado. Libro primero (arts. 1° a 105). Doctrina y jurisprudencia, (Santiago, 2011), pp. 521-522.

<sup>8</sup> No puede soslayarse tampoco que, debe haber elegido la segunda tesis, esto es, aumentar la pena a partir del grado máximo —que en el caso concreto es presidio mayor en su grado máximo—, entonces el marco penal habría quedado fijado en presidio perpetuo simple, y aquí sí podría haberse advertido un error que influía sustancialmente en lo dispositivo del fallo, aunque no por el argumento presentado por la defensa (que pretendió que se reconociera eficacia a la atenuante del art. 11, número 6 del CP), sino por la errónea aplicación del art. 351 del CPP.

de tal modo que siempre el aumento se realizará a partir de un único grado. La explicación del tribunal se entiende, sin embargo, por cuanto expone el análisis hipotético de la reiteración de violaciones impropias conforme al inciso primero de la norma, aunque efectuando el aumento de un grado antes de concretar los efectos de los arts. 368 y art. 11, número 6, del CP., en concordancia, este último, con el art. 68, inciso segundo del CP.

En definitiva, se trata de una sentencia que zanja correctamente la discusión al entender que el rechazo de la atenuante de irreprochable conducta anterior no influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, aunque el modo en que la Excm. Corte Suprema expone la determinación de la pena debe admitirse con las prevenciones que se han expuesto en esta oportunidad.