

5. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

ROBO EN LUGAR NO HABITADO

I. CONCEPTO DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL DE LA FIGURA DE DELITO CONTINUADO. CONDICIONES OBJETIVAS Y SUBJETIVAS QUE REQUIERE EL DELITO CONTINUADO. LA CONTINUIDAD SE SATISFACE CON EL DOLO GLOBAL. TAMBIÉN PUEDE HABER CONTINUIDAD DE ACCIONES POR IGUALDAD EN LA MOTIVACIÓN. II. NO CONCURRE CONDICIÓN OBJETIVA DEL DELITO CONTINUADO SI ACCIONES TUVIERON LUGAR MEDIANDO UN ESPACIO DE TIEMPO DEMASIADO PROLONGADO ENTRE ELLAS

HECHOS

Defensa del sentenciado interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que lo condenó en calidad de autor de delitos reiterados de robo en lugar no habitado. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones rechaza el recurso de nulidad intentado.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de La Serena*

ROL: *80-2019, de 20 de marzo de 2019*

PARTES: *Ministerio Público con Rubén Marcos Zepeda Santander*

MINISTROS: *Sr. Jaime Eduardo Franco U., Sra. Marta Silvia Maldonado N. y Fiscal Judicial Sr. Jorge Alberto Colvin T.*

DOCTRINA

- La figura del delito continuado, que en nuestro país no ha recibido consagración legal, pero que ha sido objeto de aplicación frecuente por los tribunales, consiste, según se ha descrito por los autores y la jurisprudencia, en una pluralidad de acciones realizadas por un sujeto único, cada una de las cuales considerada independientemente, cumple con las condiciones necesarias para tipificar un delito pero que en conjunto constituyen uno solo, porque se encuentran ideológicamente conectadas. Se estima que para su concurrencia se han de presentar condiciones objetivas y subjetivas. Respecto de las primeras se requiere: a) La presencia de varias acciones u omisiones que, aisladamente consideradas, cada una conforme un delito. En todo caso el lapso de tiempo entre una y otra acción no puede ser dema-*

siado prolongado, ya que una excesiva separación pugna contra la unidad de continuidad; b) La norma jurídica violada ha de ser igual o semejante. Se cumple con este requisito cuando se atenta contra normas diferentes, que, teniendo características análogas y correspondiendo a tipos penales distintos, estos, a su vez, corresponden a un tipo básico único; c) Los bienes jurídicos afectados no deben ser personalísimos. La acción dirigida a atacar bienes de esta clase, junto con satisfacer el tipo respectivo, lo colma, de manera que no puede haber un delito doloso continuado de homicidio, por ejemplo; y d) Puede presentarse unidad o diversidad de sujetos pasivos. En todo caso esta diversidad no es posible tratándose de atentados en contra de bienes jurídicos personales. En cuanto a las condiciones subjetivas que se exigen por la doctrina para la concurrencia del delito continuado, se señala que, para que exista continuidad entre distintas acciones típicas, que permita considerarlas como una unidad, debe darse una conexión de naturaleza subjetiva entre ellas. Tradicionalmente se acepta que el autor ha de actuar con un dolo común, pero hay quienes estiman con un criterio más amplio que las diversas acciones deben estar comprendidas en un plan global, donde cada una de las acciones típicas particulares corresponda a una realización fragmentada de una actividad de más envergadura. Se ha llegado a pensar que para la existencia de continuidad no debe ser posible realizar en un solo acto el hecho en la situación concreta de que se trate, sino que necesariamente su ejecución debería fragmentarse. Sin embargo, esta última posición resulta un tanto extrema. En verdad, la continuidad se satisface con el dolo global. Suficiente es que conforme a un proyecto general del autor, decida la ejecución de una serie de actos típicos para alcanzar determinados logros, aunque no enfrente la “necesidad” de obrar en esa forma (Mario Garrido Montt. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. Edit. Jurídica de Chile 1997, pág. 341). También puede haber continuidad de acciones por igualdad en la motivación, lo que sucedería cuando el sujeto, sin que sus actividades delictivas respondan a un plan genérico, son consecuencia de iguales motivaciones, como sucedería por ejemplo con el empleado de confianza que en cada oportunidad que enfrenta una necesidad que no está en condiciones de cubrir con sus ingresos, se apodera de una suma de dinero de la caja de su empleador (considerando 2º de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

- II. Los hechos que se han tenido por probados por los jueces de la instancia a la luz de lo señalado en el motivo anterior, no resulta posible tener por concurrente la primera condición objetiva que se precisa para la concurrencia de un delito continuado, ya que las acciones de que fue autor

el encartado tuvieron lugar mediando un espacio de tiempo demasiado prolongado entre ellas, el que pugna contra la unidad de continuidad, ya que se excedió del término de un mes entre la correspondiente al primer hecho de la acusación fiscal y aquella correspondiente al segundo hecho de la misma acusación, situación que se presenta también entre el segundo hecho y el tercero (considerando 3° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/1565/2019

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículo 342 N° 1 del Código Penal.*

CONSIDERACIONES SOBRE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO CONTINUADO

VALESKA FUENTEALBA SEPÚLVEDA
Universidad Andrés Bello

A través de la resolución de fecha 20 de marzo de 2018, la Corte de Apelaciones de La Serena rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de un sujeto condenado por el delito reiterado de robo en lugar no habitado. Descartó, así, la posibilidad de considerar el delito como continuado, confirmando el carácter de reiterado establecido por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle.

El recurrente fundó su impugnación en el literal b) del artículo 372 del Código Procesal Penal, esto es, haber incurrido en la dictación de la sentencia en una *errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo*. Se denuncia que ha sido erróneamente aplicada la norma del artículo 351 del mismo cuerpo normativo, en relación al artículo 442 N° 1 del Código Penal.

En la especie, lo discutido es la eventual configuración de un delito continuado de robo en lugar no habitado, el que abarcaría sustracciones cometidas en períodos determinados entre marzo y julio del año 2018¹, ejecutadas contra dos víctimas distintas. Para el correcto análisis, se discurre sobre los requisitos

¹ Solo para mayor claridad, debe señalarse que los hechos fueron perpetrados los días 28 de marzo, 7 de mayo, 26 de junio y 7, 18 y 28 de julio, todos del año 2018. Salvo el de fecha 18 de julio, todos se encuentran en calidad de consumados.

que deben estar presentes para afirmar la configuración de esta institución de origen doctrinal².

La alegación del recurrente relativa al delito continuado está apoyada en la interpretación de ciertos elementos objetivos (en particular, la pluralidad de acciones, realización del mismo tipo básico y la posibilidad de que, al ser un delito que afecta un bien jurídico no personalísimo, no se requiera identidad del sujeto pasivo), así como el rol que se le otorga al elemento subjetivo de esta figura doctrinal. La recalificación se justificaría, además, en el estatuto penológico más benigno que, a juicio del encartado, logra captar de mejor manera la baja lesividad del delito. Siguiendo este razonamiento, el recurrente aspiraba a la dictación de una sentencia de reemplazo en la que se condenara a la pena de 800 días de presidio menor en su grado medio.

La Corte rechazó la aplicación de esta figura al interpretar, de distinta manera, la primera de las condiciones objetivas señaladas anteriormente, en el entendido que “las acciones de que fue autor el encartado tuvieron lugar mediando un espacio de tiempo demasiado prolongado entre ellas, el que pugna contra la unidad de continuidad, ya que se excedió del término de un mes entre la correspondiente al primer hecho de la acusación fiscal y aquella correspondiente al segundo hecho de la misma acusación, situación que se presenta también entre el segundo hecho y el tercero” (considerando 3° del fallo).

La Magistratura, además, considera decidor el que las acciones hayan sido ejecutadas en contra de diferentes víctimas no existiendo, por este hecho, “la conexión de naturaleza subjetiva que debe darse entre las diversas acciones típicas para que se presente la figura del delito continuado” (considerando 3° del fallo).

Al no aplicarse esta figura, debe sancionarse al sujeto activo a la luz del artículo 351 del Código Procesal Penal, es decir, como un caso de reiteración de delitos de la misma especie. Así, debe imponer la pena correspondiente a las diversas infracciones a la norma del artículo 442 N° 1 del Código Penal, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados³. En el caso *sub lite*, eso significa confirmar la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, la pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

² Aunque no lo explicita la sentencia, puede verse que el razonamiento sigue lo expuesto por GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, (Santiago, 2003), pp. 340 s.

³ Debe tenerse presente que el importe de lo sustraído (15 kilos de duraznos y 183 kilos de paltas) ascendería a \$ 617.000 aproximadamente, tal como se lee en el primer considerando de la sentencia.

La figura del delito continuado no encuentra, entre nosotros, consagración legal, lo cual no ha obstado a que la doctrina⁴ y jurisprudencia⁵ recurran a ella como una institución válida en nuestro Derecho. A través de ella el juzgador puede agrupar a diferentes acciones homogéneas, realizadas en análogas circunstancias, y que infringen tipos penales idénticos o semejantes⁶. Resulta interesante tener presente que la figura surgió, precisamente, para evitar la desproporcionada e inhumana pena capital a la que se exponía el autor de un tercer hurto durante la época medieval italiana⁷.

Ahora, al momento de determinar cuándo nos encontramos frente a esta figura (es decir, los elementos o condiciones que permiten configurarla), podemos encontrar diversas exigencias, siendo su contenido una problemática de las que, de manera sucinta, aborda la sentencia.

No existe duda entre los autores que, tal como se lee en el considerando 2º del fallo, existen elementos objetivos y subjetivos que la dotan de contenido. En cuanto a los primeros, la Corte aborda, con poca fundamentación, la inexistencia de dos de ellos, a saber (i) la necesaria cercanía que debiese existir entre las acciones ejecutadas; y (ii) la unidad de sujetos pasivos. Esto resulta problemático por dos motivos. El primero, porque no existe consenso en la doctrina y jurisprudencia sobre el tiempo que debiese transcurrir entre las acciones realizadas; el segundo, porque el sentenciador confunde un elemento objetivo con uno subjetivo, señalando que puede colegirse de la diferencia en el sujeto pasivo que no existiría un dolo común o plan global (elemento subjetivo).

Con respecto al período dentro del cual las acciones debiesen realizarse para señalar que existe unidad de acción, llama la atención que el sentenciador no se detenga a analizar cuál es el lapso de tiempo adecuado (o, en sus palabras, “no

⁴ Solo a modo ejemplar, GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 340; 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; COUSO SALAS, Jaime, “Comentario previo a los arts. 74 y 75”, en Couso Salas, Jaime; Hernández Basualto, Héctor (directores), *Código Penal Comentado, Parte General* (Santiago, 2011), pp. 636 ss.

⁵ Recogiendo algunos de los pareceres jurisprudenciales puede consultarse la obra de COUSO SALAS, Jaime, ob. cit., p. 638; NAVARRETE FASCHING, Nicolás, “Las dificultades dogmáticas del delito continuado”, en *Revista de Ciencias Penales*, XLV (2018), pp. 673 ss.; 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 Universidad Católica del Norte*, año 16, 1 (2009), pp. 251 ss.

⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General* (Valencia, 2015), p. 501.

⁷ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Delitos contra la Propiedad*, (Valparaíso, 2013), pp. 265 y siguiente.

demasiado prolongado”) que es pertinente exigir para la aplicación de esta figura. Esta omisión, en parte, se puede justificar por cuanto la doctrina, al analizar la figura, tampoco se ha fijado mayormente en ella, centrándose, más bien, en la condición subjetiva de la institución.

Con todo, si se observa con detenimiento lo señalado por los autores, pueden existir luces que nos lleven a sostener que el razonamiento de la Corte no es del todo adecuado. Por de pronto, al analizar doctrina extranjera, puede verse que la conexión espacial y temporal sería una “mera exigencia accidental”⁸⁻⁹, que permite aseverar con mayor fuerza que determinadas acciones corresponden, en realidad, a una misma conducta. En todo caso, será el juzgador el que deberá determinar si las acciones corresponden a un mismo plan delineado por el actor o si, en palabras de la Corte, las acciones se encuentran ideológicamente conectadas (considerando 2º).

Aunque intuitivamente, para refrendar que tal conexión sí tiene lugar en el caso en comento, el recurrente señala que existiría igual naturaleza del objeto material¹⁰, a lo cual uno podría sumar, aunque siempre como elementos accidentales (pero que refuerzan la configuración de la figura) el hecho que se hayan empleado medios o procedimientos semejantes y que haya existido un aprovechamiento de ocasiones idénticas¹¹. Eso puede colegirse de la lectura del considerando 1º de la sentencia.

A conclusión similar podría arribarse analizando cierta jurisprudencia nacional donde, aunque sin uniformidad, existen pareceres (incluso en un ámbito mucho más sensible como es el de los delitos sexuales) para los que en nada obsta para la configuración de la figura que las acciones estén separadas por semanas¹² o, incluso, años¹³.

⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II (Santiago, 2009), p. 1169.

⁹ Es más, en el Derecho peruano (donde sí está consagrada legalmente la figura) se ha llegado a plantear que dicha legislación “se corresponde con el parecer doctrinal que sostiene que en el delito continuado el momento temporal no tiene ninguna relevancia normativa”. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal, Parte General*, (Lima, 2012), p. 795.

¹⁰ Exigencia planteada por POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, ob. cit., p. 453.

¹¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, ob. cit., p. 1169. Aunque no con esta nomenclatura, parecieran ser de esta idea MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, p. 502.

¹² Solo a modo ejemplar, ver sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Temuco de 24.04.2008, rol N° 345-2008.

¹³ Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta de 10.10.2011, rol N° 258-2011.

Por otro lado, con respecto a la unidad del sujeto pasivo, existe abundante doctrina¹⁴ que permite rechazar que este elemento se exija para configurar, desde un punto de vista objetivo, un delito continuado.

Ahora, atendiendo a lo señalado en el considerando 3° de la sentencia, lo que la Corte pretende desacreditar al señalar que hubo dos víctimas distintas es que no existiría una conexión o planificación entre las acciones ejecutadas. Se intenta, de esta forma, delimitar algo que, de otra manera, podría ser sensiblemente subjetivo¹⁵ —aunque resulta curioso que aquí se haga un esfuerzo por delimitar esta institución y no se haya hecho tal al abordar el anterior elemento.

De todas maneras, se echa en falta que la Corte, para abordar de mejor manera esta figura, no hubiese adoptado como suya alguna de las teorías que, de manera usual, se abordan entre los autores con respecto al contenido subjetivo¹⁶.

Visto de esta manera, no se logra comprender la facilidad con la que la Corte rechaza el recurso, aceptando para el recurrente una pena que pareciera resultar desproporcionada para el ilícito cometido, máxime considerando que la institución surgió al alero, precisamente, de esta clase de criminalidad —aunque, como se ha planteado *supra*, arriesgando una pena bastante distinta a la del caso en comento. Es el riesgo, en todo caso, de no consagrar legalmente una figura de antaño aplicada entre nosotros, conllevando que sea el juzgador el que, a través de decisiones jurisprudenciales (a veces desacertadas), traslade un problema que debiese ser de la parte general de nuestro derecho penal a disquisiciones penológicas que se vierten, caso a caso, sin mayor uniformidad.

¹⁴ Por todos, ver GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 341.

¹⁵ En el Derecho español se ha planteado que “La relativización de las exigencias objetivas que con frecuencia se percibe en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español tiene su origen en la acentuación que dispensa al elemento subjetivo, con lo que, en la práctica, el delito continuado dependerá esencialmente de lo que haya pensado el autor”. BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, (Santa Fe de Bogotá, 1996), p. 247.

¹⁶ Por todos, ver COUSO SALAS, Jaime, ob. cit., pp. 639 y ss.

CORTE DE APELACIONES:

La Serena, veinte de marzo de dos mil diecinueve.

VISTOS:

En los antecedentes RUC 1800327058-7, RIT O-221-2018, la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, integrada

por las juezas titulares, doña Victoria Gallardo Labraña, quien presidió la sala, doña Ana Karina Hernández Muñoz y doña Ana Marcela Alfaro Cortés, por sentencia de fecha 29 de enero de 2019, condenó a Rubén Marcos Zepeda Santander en calidad de autor de delitos reiterados de robo en lugar no habitado, previsto y sancionado en

el artículo 342 N° 1 del Código Penal, perpetrados los días 28 de marzo, 7 de mayo, 26 de junio y 7, 18 y 28 de julio, todos del año 2018, los cinco primeros al interior de la parcela N° 5-I, ubicada en calle única sin número, de Sotaquí, comuna de Ovalle, de propiedad de don Osman Homar Cortés de Monroy Godoy y el último en la parcela San Juan, emplazada en El Guindo Bajo de Sotaquí y de igual comuna, de propiedad de doña Cecilia Urquieta; en el carácter de consumados los cuatro primeros y aquel ejecutado el 28 de julio de 2018 y frustrado el acaecido el 18 de julio del mismo año, a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y a la pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

En contra de la sentencia anterior el abogado Carlos Tello Luza, Defensor Penal Público, en representación del sentenciado, interpuso recurso de nulidad, por estimar que le afectaba la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, solicitando se dispusiera la invalidación de la misma y que se dictara una sentencia de reemplazo en la que se condenara al encartado a la pena de 800 días de presidio menor en su grado medio, en su calidad de autor de seis delitos de robo en lugar no habitado continuado.

Declarado admisible el recurso, tuvo lugar la audiencia señalada para su vista, fijándose para la lectura del fallo la audiencia del día 20 de marzo de 2019, a las 12:00 horas.

CONSIDERANDO:

Primero: Que el motivo de nulidad en que basa el recurso la defensa del sentenciado es el contemplado en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, “Cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”. Expuso como fundamentos el recurrente los siguientes:

La norma que se estima erróneamente aplicada, y que se considera en consecuencia, infringida, es la del artículo 351 del Código Procesal Penal en relación a la disposición del artículo 442 N° 1 del Código Penal.

El artículo 351 inciso primero del código adjetivo señala: “Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie. En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados”.

En el considerando sexto de la sentencia, el Tribunal explicita los hechos que da por acreditados: “1. El día 28 de marzo de 2018, a las 17:50 horas aproximadamente, Rubén Marcos Zepeda Santander, ingresó a la parcela N° 5-I ubicada en calle única s/n de Sotaquí, comuna de Ovalle de don Osman Homar Cortés de Monroy Godoy, por el cierre perimetral de malla y pirca, accediendo por esa vía no destinada al efecto al predio, dirigiéndose hasta las plantaciones de duraznos desde donde sustrajo y se apropió de apro-

ximadamente 15 kilos de duraznos, evaluados en la suma total aproximada de \$ 10.000.- para luego darse a la fuga con las especies sustraídas en su poder. 2. El día 7 de mayo de 2018, a las 18:30 horas aproximadamente, Rubén Marcos Zepeda Santander, ingresó a la parcela N° 5-I ubicada en calle única s/n, Sotaquí, comuna de Ovalle de don Osman Homar Cortés de Monroy Godoy, por el cierre perimetral de malla y pirca, accediendo por esa vía no destinada al efecto al predio, dirigiéndose hasta las plantaciones de paltos desde donde sustrajo y se apropió de aproximadamente 30 kilos de palta Hass, evaluados en la suma total aproximada de \$ 120.000.- para luego darse a la fuga con las especies sustraídas en su poder. 3. El día 26 de junio de 2018, a las 17:44 horas aproximadamente, Rubén Marcos Zepeda Santander, ingresó a la parcela N° 5-I ubicada en calle única s/n, Sotaquí, comuna de Ovalle de don Osman Homar Cortés de Monroy Godoy, por el cierre perimetral de malla y pirca, accediendo por esa vía no destinada al efecto al predio, dirigiéndose hasta las plantaciones de paltos desde donde sustrajo y se apropió de aproximadamente 50 kilos de palta Hass, evaluados en la suma total aproximada de \$ 200.000.- para luego darse a la fuga con las especies sustraídas en su poder. 4. El día 7 de julio de 2018, a las 13:20 horas aproximadamente, Rubén Marcos Zepeda Santander, ingresó a la parcela N° 5-I ubicada en calle única s/n, Sotaquí, comuna de Ovalle de don Osman Homar Cortés de Monroy Godoy, por el cierre

perimetral de malla y pirca, accediendo por esa vía no destinada al efecto al predio; dirigiéndose hasta las plantaciones de paltos desde donde sustrajo y se apropió de aproximadamente 50 kilos de palta hass, evaluados en la suma total aproximada de \$ 200.000.- para luego darse a la fuga con las especies sustraídas en su poder. 5. El día 18 de julio de 2018, a las 18:00 horas aproximadamente, Rubén Marcos Zepeda Santander, ingresó a la parcela N° 5-I, ubicada en calle única s/n, Sotaquí, comuna de Ovalle de don Osman Homar Cortés de Monroy Godoy, por el cierre perimetral de malla y pirca, accediendo por esa vía no destinada al efecto al predio, dirigiéndose hasta las plantaciones de paltos desde donde sustrajo y se apropió de aproximadamente 3 kilos de palta Hass, evaluados en la suma total aproximada de \$ 12.000.-, las que no consiguió llevarse al ser sorprendido en esos instantes por doña Marcela del Pilar Cortés de Monroy Barrios por lo que huyó dejando el saco con las paltas sustraídas dentro del predio de la víctima. 6. El día 28 de julio de 2018, a las 16:00 horas aproximadamente, Rubén Marcos Zepeda Santander, ingresó a la parcela San Juan ubicada en El Guindo Bajo, Sotaquí, comuna de Ovalle de doña Cecilia Urquieta y a cargo de don Juan Álvaro Jiménez Urquieta, para lo cual descerrajó el cierre perimetral de malla bizcocho, accediendo por esa vía no destinada al efecto al predio, dirigiéndose hasta las plantaciones de paltos desde donde sustrajo y se apropió de aproximadamente 50 kilos de paltas de diversos tipos evaluados en la suma

total aproximada de \$ 75.000, siendo sorprendido por don Juan Álvaro Jiménez Urquieta en instantes que salía del predio con las paltas sustraídas”.

Queda de manifiesto, entonces, que el Tribunal dio por acreditados 6 hechos, adscritos al mismo imputado y que atacan el mismo bien jurídico, esto es, el derecho de propiedad. La causal de nulidad discurre sobre el yerro jurídico que implica la consideración de una hipótesis penológica muy adversa y desproporcionada para un ataque exclusivamente sobre la propiedad, con escaso tiempo entre ellos, cometidos por el mismo imputado, sustrayendo paltas, por lo que estimamos, que el delito debió ser calificado como continuado. En efecto, 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.

Como sabemos, para considerar que varias acciones constituyan un delito continuado, la doctrina y la jurisprudencia exigen la concurrencia de:

“1.- Elementos objetivos:

(a) Pluralidad de acciones u omisiones. Lo que da lugar al delito continuado es que las diversas acciones ejecutadas son, cada una de ellas, típicas. Por esa misma razón, debe darse un cierto espaciamento temporal entre ellas.

(b) Realización del mismo tipo básico. También es indispensable que las diversas acciones realizadas vulneren unos mismos o semejantes preceptos legales. No se requiere, entonces, que todas las conductas merezcan idéntica calificación; basta con que las diversas figuras sean análogas, esto es, que puedan ser comprendidas como manifestaciones de un tipo básico. Luego podrá darse tal homogeneidad, por ejemplo, entre un hurto y un robo.

(c) Identidad de sujeto pasivo. No todos los autores concuerdan en esta exigencia. Tiende a uniformarse la doctrina en torno a la idea de que ella solo es importante en los delitos que protegen bienes personalísimos, tales como la vida, la salud, la libertad (ambulatoria y sexual) y el honor, pero no así en los delitos de significación patrimonial”.

Así las cosas, es evidente que los hechos atribuidos al encartado, único

acusado en esta causa, cumplen con todos y cada uno de los requisitos objetivos señalados, por lo que no se explica el tratamiento penológico más severo, adoptado en este caso por el Tribunal. Elemento subjetivo: Si bien no existe unanimidad en estos requisitos, podemos reducirlos a dos posturas, las que reclaman una unidad del elemento subjetivo, sea que se lo conciba como dolo, resolución, propósito o deseo, y las que exigen una cierta continuidad u homogeneidad entre las diversas resoluciones o dolos, segunda postura que se aplicaría más bien a delitos que afectan bienes personalísimos.

En el caso que nos ocupa, dado que siempre lo sustraído, fueron paltas, claramente el dolo del sentenciado es unitario, ya que no sólo ataca al mismo bien jurídico, propiedad, sino que con idénticos género y especie de los elementos sustraídos.

De acuerdo a lo expuesto existe agravio al condenar al acusado a una pena superior a la que corresponde, en efecto, dada la baja lesividad de este delito, que ataca exclusivamente la propiedad, en hechos en que existe unidad de dolo y de elementos subjetivos, la pena aplicada debió ser mucho más benévola, considerando, además, que su cumplimiento será efectivo.

Segundo: Que la figura del delito continuado, que en nuestro país no ha recibido consagración legal, pero que ha sido objeto de aplicación frecuente por los tribunales, consiste, según se ha descrito por los autores y la jurisprudencia, en una pluralidad de acciones realizadas por un sujeto único, cada

una de las cuales considerada independientemente, cumple con las condiciones necesarias para tipificar un delito pero que en conjunto constituyen uno solo, porque se encuentran ideológicamente conectadas. Se estima que para su concurrencia se han de presentar condiciones objetivas y subjetivas. Respecto de las primeras se requiere: a) La presencia de varias acciones u omisiones que, aisladamente consideradas, cada una conforme un delito. En todo caso el lapso de tiempo entre una y otra acción no puede ser demasiado prolongado, ya que una excesiva separación pugna contra la unidad de continuidad; b) La norma jurídica violada ha de ser igual o semejante. Se cumple con este requisito cuando se atenta contra normas diferentes, que, teniendo características análogas y correspondiendo a tipos penales distintos, estos, a su vez, corresponden a un tipo básico único; c) Los bienes jurídicos afectados no deben ser personalísimos. La acción dirigida a atacar bienes de esta clase, junto con satisfacer el tipo respectivo, lo colma, de manera que no puede haber un delito doloso continuado de homicidio, por ejemplo; y d) Puede presentarse unidad o diversidad de sujetos pasivos. En todo caso esta diversidad no es posible tratándose de atentados en contra de bienes jurídicos personales.

En cuanto a las condiciones subjetivas que se exigen por la doctrina para la concurrencia del delito continuado, se señala que, para que exista continuidad entre distintas acciones típicas, que permita considerarlas como una

unidad, debe darse una conexión de naturaleza subjetiva entre ellas. Tradicionalmente se acepta que el autor ha de actuar con un dolo común, pero hay quienes estiman con un criterio más amplio que las diversas acciones deben estar comprendidas en un plan global, donde cada una de las acciones típicas particulares corresponda a una realización fragmentada de una actividad de más envergadura. Se ha llegado a pensar que para la existencia de continuidad no debe ser posible realizar en un solo acto el hecho en la situación concreta de que se trate, sino que necesariamente su ejecución debería fragmentarse. Sin embargo, esta última posición resulta un tanto extrema. En verdad, la continuidad se satisface con el dolo global. Suficiente es que conforme a un proyecto general del autor, decida la ejecución de una serie de actos típicos para alcanzar determinados logros, aunque no enfrente la “necesidad” de obrar en esa forma (Mario Garrido Montt. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. Edit. Jurídica de Chile 1997, pág. 341). También puede haber continuidad de acciones por igualdad en la motivación, lo que sucedería cuando el sujeto, sin que sus actividades delictivas respondan a un plan genérico, son consecuencia de iguales motivaciones, como sucedería por ejemplo con el empleado de confianza que en cada oportunidad que enfrenta una necesidad que no está en condiciones de cubrir con sus ingresos, se apodera de una suma de dinero de la caja de su empleador.

Tercero: Que vistos los hechos que se han tenido por probados por los jueces de la instancia a la luz de lo señalado en el motivo anterior, no resulta posible tener por concurrente la primera condición objetiva que se precisa para la concurrencia de un delito continuado, ya que las acciones de que fue autor el encartado tuvieron lugar mediando un espacio de tiempo demasiado prolongado entre ellas, el que pugna contra la unidad de continuidad, ya que se excedió del término de un mes entre la correspondiente al primer hecho de la acusación fiscal y aquella correspondiente al segundo hecho de la misma acusación, situación que se presenta también entre el segundo hecho y el tercero.

A lo anteriormente señalado se agrega que los cinco primeros hechos de la acusación fiscal tuvieron como sujeto pasivo a una misma persona, don Omar Cortés de Monroy y el último fue en perjuicio de doña Cecilia Urquieta, siendo perpetrados además en lugares diferentes, como era en el primer caso, la parcela 5-I de Sotaquí y el último en la parcela San Juan de la misma localidad, todo lo cual excluye la conexión de naturaleza subjetiva que debe darse entre las diversas acciones típicas para que se presente la figura del delito continuado. Así, no es posible considerar que el encartado a la época en que cometió el primer hecho en perjuicio de don Omar Cortés de Monroy, en marzo de 2018, hubiera planificado para el mes de julio del mismo año, luego de cinco sustracciones de fruta al señor Cortés de Monroy, la perpetración de

un ilícito en perjuicio de doña Cristina Urquieta. Tampoco se concibe que hubiera fraccionado desde un principio la comisión de las sustracciones de paltas y duraznos que iba a perpetrar en perjuicio de su víctimas.

Cuarto: Que por lo anteriormente razonado, se ha de concluir necesariamente en el sentido de proceder al rechazo del arbitrio de nulidad interpuesto.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 352, 360, 361, 372 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el abogado Carlos Tello Luza en representación del sentenciado, Rubén Marcos Zepeda Santander, en contra

de la sentencia de fecha veintinueve de enero de dos mil diecinueve, dictada en estos antecedentes, declarándose en consecuencia que ella no es nula.

Incorpórese a la carpeta digital, debiendo mantenerse su original en el correspondiente registro de la señora secretaria.

Redacción del ministro Titular, don Jaime Franco Ugarte.

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de La Serena integrada por los ministros(as) Jaime Eduardo Franco U., Marta Silvia Maldonado N. y Fiscal Judicial Jorge Alberto Colvin T. La Serena, veinte de marzo de dos mil diecinueve.

Rol N° 80-2019.-